Münster1937/No 6 Jur Dis

Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Normen von Betriebsordnung und Tarifordnung auf das Verhältnis Unternehmer – Gefolgsmann

(Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Arbeitsverhältnis)

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen Juristischen Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu
Münster i. Westf.

vorgelegt von

Horst Schröder

Gerichtsreferendar aus Bremen

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Normen von Betriebsordnung und Tarifordnung auf das Verhältnis Unternehmer – Gefolgsmann

(Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Arbeitsverhältnis)

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen Juristischen Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu
Münster i. Westf.

vorgelegt von

Horst Schröder

Gerichtsreferendar aus Bremen

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Dekan: Prof. Dr. Neuwiem
Referent: Dozent Dr. habil. Rhode
Korreferent: Prof. Dr. Naendrup

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1937

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite:

I. Einleitung. 1

II. Der Arbeitsvertrag und seine Nichtigkeit. . . . 3

1. Die Bedeutung des Arbeitsvertrages im früheren Recht. 3
2. Die Lehre vom „Beschäftigungsverhältnis". . . 3
3. Die Frage der Betriebsordnung und Tarifordnung. . 5

III. Die Lehren vom Arbeitsvertragsverhältnis. . . . 6

1. System. 6
2. Die einzelnen Anhänger dieser Lehren. . . . 8
3. Kritik. 11
4. Ergebnis. 12

IV. Die Lehren von der „Betriebszugehörigkeit". . . . 12

1. System. 12
2. Die Lehre von Nikisch. 13
3. Die Lehre von Potthoff. 17
4. Ergebnis. 18

V. Das neue „Arbeitsverhältnis". 19

1. System der Siebert'schen Lehre. 19
2. Stellungnahme. 23
   a) in der Literatur. 23
   b) Kritik. 25
3. Ergebnis. 28

VI. Die wirklichen Voraussetzungen. 29

1. Die Rechtsnatur der Betriebsordnung und Tarifordnung. 29
2. Die Terminologie des Gesetzes. 29
3. Das „gültige" Arbeitsverhältnis. 31
4. Das „nichtige" Arbeitsverhältnis. 36
5. Die Frage der Anfechtbarkeit. 39
6. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis. 42
7. Der Arbeitsvertrag ohne Einordnung. 46
8. Das mittelbare Arbeitsverhältnis. 51

VII. Ergebnisse. 53

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547223_0097

Einleitung.

Die Gestaltung des arbeitsrechtlichen Geschehens vollzieht sich zwischen Unternehmer und Gefolgsmann. Durch das rechtserhebliche Verhalten dieser beiden Faktoren des Arbeitsrechts wird die Beziehung geschaffen zwischen dem Gefolgsmann und dem Betrieb, in dem beide tätig sind, werden die Rechtsverhältnisse bezüglich der im Betriebe zu leistenden Arbeit an der gemeinsamen Produktion begründet und gestaltet. Diese Sätze sind, mögen auch im übrigen die arbeitsrechtlichen Fragen in jeder Beziehung bestritten sein, mag insbesondere Art und Umfang der Gestaltungs-Beteiligung von Unternehmer und Gefolgsmann streitig sein, allgemein anerkannt.

Das Verhältnis dieser beiden Parteien zueinander, die Summe der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann, nennen wir das Arbeitsverhältnis. Es enthält die Rechte und Pflichten, die beide Teile in Bezug auf die gemeinsam zu vollbringende Arbeit haben. Damit ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, welche Faktoren denn nun den Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmen, die wir als Inhalt des Arbeitsverhältnisses ansehen, worin also der Rechtsgrund der gegenseitigen Verpflichtung liegt.

Als den wesentlichen, inhaltbestimmenden Faktor des Arbeitsverhältnisses sah man bisher allgemein den Arbeitsvertrag an. Der Arbeitsvertrag wurde sogar mit dem Arbeitsverhältnis identifiziert, dergestalt, daß man das Arbeitsverhältnis als Vertragsverhältnis (Dauerschuldverhältnis) darstellte. Die Rechte und Pflichten von Unternehmer und Arbeitnehmer entstammten also nicht dem Arbeitsverhältnis als solchem, sondern sie waren vertraglicher, schuldrechtlicher Natur. Die Grundlage für die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer war also der Vertrag, nicht das Arbeitsverhältnis.

Außer durch den Arbeitsvertrag wurde das Arbeisverhältnis durch die Tarifverträge und das Gesetz gestaltet. Diese beiden Rechtsquellen beeinflußten das Arbeitsverhältnis unmittelbar, d. h. nicht durch eine Einwirkung auf den Arbeitsvertrag[1], sie waren aber dennoch von diesem abhängig in dem Sinne, daß beide den Vertrag zu ihrer Anwendbarkeit und Wirksamkeit voraussetzten. Fehlte der Arbeitsvertrag, so konnten weder die Bestimmungen des Gesetzes noch die der Tarifverträge das Verhältnis Unternehmer — Arbeitsgehilfe, das nicht „Arbeitsverhältnis" war, ergreifen.

Von diesen drei Rechtsquellen des Arbeitsrechts sind heute die Tarifverträge durch das AOG.[2] beseitigt. Dafür sind aber durch

[1] So die schließlich herrschende Meinung, die vor allem an der Frage der Nachwirkung oder Nicht-Nachwirkung der Tarifverträge entwickelt worden ist. Vgl. Hueck-Nipperdey II S. 238 ff. und die dort zitierte Literatur.

dasselbe Gesetz zwei neue, inhaltbestimmende Faktoren geschaffen: Betriebsordnung (BO.) und Tarifordnung (TO.)' Beide regeln, ähnlich wie das Gesetz autonom die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann, sie sind unabdingbar, wie die früheren Tarifverträge, und daher insoweit dem Willen der Parteien, wie er im Arbeitsvertrag seinen Ausdruck findet, entzogen.

Beide enthalten „Arbeitsbedingungen", also Rechte und Pflichten, die das Verhältnis des Unternehmers zum Arbeitsgehilfen in bestimmter Weise inhaltlich gestalten. Der Unternehmer hat also auf Grund einer TO. die Pflicht, einen bestimmten Lohn zu zahlen, der Gefolgsmann muß auf Grund einer BO. für bestimmte Verfehlungen Buße zahlen. Damit ist aber keineswegs festgestellt, in welchen Fällen BO. und TO. diese Rechte geben und diese Pflichten auferlegen, es ist vor allem nicht entschieden, wie das rechtliche Verhältnis zwischen den Parteien gestaltet sein muß, damit es von den Normen der BO. und TO. ergriffen wird.

Die Arbeitsrechts-Wissenschaft sah sich also vor die Frage gestellt, von welchen Voraussetzungen die Anwendbarkeit der Normen der BO. und TO. abhängig ist, insbesondere, welche Wirkungen der Arbeitsvertrag und sein rechtlicher Bestand auf die Wirksamkeit beider Institute auszuüben vermag.

Denn nach der bisherigen Lehre vom Primat des Vertrages war auch die Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen, deren rechtlicher Gestalt die Normen der BO. und TO. in ihrer autonomen Wirkung am nächsten kommen, davon abhängig, daß das Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann ein Arbeitsvertragsverhältnis war.

Die Frage lautet daher: Ist der Arbeitsvertrag auch heute noch wesensmäßig so erheblich, daß sein Vorliegen oder Fehlen auch die Anwendbarkeit der übrigen Inhaltsformen maßgebend bestimmt, oder unter welchen sonstigen Voraussetzungen finden die Normen der BO. und TO. auf das Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann Anwendung, und wie muß dieses Verhältnis rechtlich beschaffen sein?

Ist der Arbeitsvertrag die wesensmäßige Grundlage des Arbeitsverhältnisses dergestalt, daß alle übrigen Inhaltsformen von ihm abhängig sind und ohne ihn nicht zur Anwendung kommen können, oder bestehen diese für sich und greifen unabhängig von einem Vertrag auf Grund irgend eines anderen Tatbestandes Platz?

Dieses Verhältnis von Arbeitsvertrag zu den beiden neuen, inhaltbestimmenden Faktoren des Arbeitsrechts zu untersuchen, und damit festzustellen, von welchen Voraussetzungen die Anwendbarkeit der Normen von BO. und TO. abhängig ist, soll Aufgabe dieser Arbeit sein.

---

[2] § 65 Ziff. 6.

II. Der Arbeitsvertrag und seine Nichtigkeit.

1. Die Bedeutung des Arbeitsvertrages im früheren Recht.

Das arbeitsrechtliche Denken der vergangenen Zeit kreiste um die beiden Begriffe: Arbeitsvertrag und (nur tatsächliches) Beschäftigungsverhältnis. Der Arbeitsvertrag wurde dabei als gegenseitiger, bürgerlich-rechtlicher Schuldvertrag mit personenrechtlichem Einschlag, und zwar als eine Unterart des Dienstvertrages, angesehen[1], das Arbeitsverhältnis, d. h. die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer während der Tätigkeit des Arbeitnehmers, als Erfüllungsverhältnis (Dauerschuldverhältnis), dessen Rechtswirkungen ausschließlich auf dem durch den Geschäftswillen der Parteien geschaffenen Vertrag beruhten. Infolgedessen fiel der Einordnung in den Betrieb lediglich die Rolle eines äußeren Anzeichens für den Beginn der Tätigkeit und damit des eigentlichen Arbeitsverhältnisses zu; sie hatte daher grundsätzlich nur Sinn und Bedeutung, wenn sie auf Grund eines wirksamen Arbeitsvertrages erfolgte. Fehlte der Vertrag, oder war er nichtig, so fehlte auch das Arbeitsverhältnis; war trotzdem die Arbeit angetreten, der Arbeitnehmer also in den Betrieb eingeordnet, so entstand ein arbeitsrechtliches Vakuum, das aus den Bestimmungen des BGB., insbesondere für die Lohnfrage durch die Bereicherungsvorschriften (§§ 812 ff. BGB.), ausgefüllt wurde.

Die Gründe, die zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages führen konnten, beurteilten sich nach bürgerlichem Recht. Nichtig war also insbesondere der Arbeitsvertrag wegen Wuchers (§ 138 II BGB.), wegen Sittenwidrigkeit seines Inhalts (§ 138 I BGB.), wegen Verstoßes gegen ein Gesetz (§ 134 BGB. in Verbindung mit Spezialgesetzen und -verordnungen, z. B. Arbeitszeit-VO.) und wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit einer der vertragschließenden Parteien. (§§ 106, 108, 114, 104, 105 BGB.).

2. Die Lehre vom „Beschäftigungsverhältnis".

Neben dieser Lehre vom Arbeitsvertrag als einer Unterart des bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrages entwickelte sich auf Grund

[1] so die durchaus herrschende Lehre; Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht 1923, S. 13 ff.; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht 1932, S. 136 ff.; Hueck-Nipperdey, Lehrb. d. Arbeitsrechts, 1928, I, S. 92; Lutz Richter, Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, 1928, S. 15, 16. Staudinger, II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. Vorbem. zu § 611 I, 2; Kress, Schuldrecht, 1934, S. 153.

der Erkenntnis, daß die Vertragstheorie in einer Reihe von Fällen zu krassen Fehlentscheidungen[3] führen mußte, die Lehre vom „faktischen Beschäftigungsverhältnis" mit gewissen öffentlich-rechtlichen Folgen.

Man ging nämlich davon aus, daß gewisse Vorschriften des öffentlichen Rechts, so vor allem die Bestimmungen über Sozialversicherung und Arbeitsschutz, nicht an den arbeitsrechtlichen Vertragstatbestand anknüpften, sondern daß sie auf die bloße Zugehörigkeit zum Betriebe abgestellt seien. Danach sollte die Tatsache, daß jemand in einem Betriebe tätig ist, für die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen maßgebend sein.

Ob dieses „Beschäftigungsverhältnis" tatsächlich ein „faktischer" Zustand war, wie es Siebert behauptet[4], oder ob es nicht doch gewisse rechtliche Momente enthielt, also als Rechtsverhältnis anzusehen war, ist in der Wissenschaft nie eindeutig entschieden[5].

Neben dieser Lehre, die als die herrschende anzusehen war, gab es allerdings eine kleine Anzahl von Wissenschaftlern, die dem Beschäftigungsverhältnis erhöhte arbeitsrechtliche Bedeutung beimessen wollten[6]. Im Grundsätzlichen war man sich jedoch einig: ein vollgültiges Arbeitsverhältnis konnte nur ein Arbeitsvertragsverhältnis sein. Streitig war lediglich, inwieweit das Beschäftigungsverhältnis oder die „Betriebszugehörigkeit" daneben anzuerkennen sei, und welche rechtlichen Wirkungen sie zu äußern vermöge.

Denn auch die Lehren, die das gesamte Arbeitsrecht an dem Betriebszugehörigkeitsverhältnis orientieren wollten[7], gingen nicht so weit, daß sie dieses Arbeitsverhältnis als wirklichen Zentralbegriff, der alle arbeitsrechtlichen Beziehungen (auch den Lohnanspruch) zu erzeugen vermochte, anerkannten.

Damit war das Arbeitsrecht in zwei scharf zu trennende Bezirke aufgeteilt, einen schuldrechtlichen, der die Arbeitsbedingungen zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer regelte, und einen öffentlich-rechtlichen, der gewisse außerhalb dieses schuldrechtlichen Teiles liegende Rechtswirkungen hervorrufen konnte.

---

[2] so etwa in dem Falle, daß der ohne Arbeitsvertrag beschäftigte Arbeiter, weil er in keinem Vertragsverhältnis zum Unternehmer steht, keinen Anspruch auf Arbeitsschutz und den sich aus einer Verletzung von Schutzvorschriften ergebenden Schadensersatz haben sollte.

[3] Siebert: Dt.Arb.R. 36/8.

[4] Für das Beschäftigungsverhältnis als tatsächlicher Zustand: Hueck-Nipperdey, a.a.O. S. 99; für ein Rechtsverhältnis: Dersch, Arb.Pr. 30/144 NZfAR. 31/159; wohl auch Molitor, NZfAR. 31/110; unklar: Dietz, Arbeitsverhältnis, S. 11 f.

[5] Nikisch, Arbeitsrecht 1930; Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages, 1926, Arbeitnehmer und Betrieb 1929, Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, 1922. Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis, im „Arbeitsrecht", 1922, Sp. 267.

[6] Potthoff, a.a.O.; Molitor, a.a.O.

Diesen Zustand wollte der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes[7], dessen Programm schon sein Name verrät, zum Gesetz erheben. Neben dem Arbeitsvertragsverhältnis als der grundsätzlichen Gestaltungsform des Arbeitsrechts sollte der vertragslose Zustand seine gesetzliche Legitimation finden, indem der § 52 dem Arbeitnehmer bei nichtigem Vertrage ein Entgelt „wie aus gültigem Vertrage" zusprach.

Die wenig erfreulichen Ergebnisse dieser Lehre sind häufig angegriffen; die Regelung der Lohnfrage durch die Bereicherungsvorschriften war ohne Zweifel in manchen Fällen ein durchaus unbilliges Ergebnis. Denn wenn auch durch die Berechnung des ortsüblichen Lohnes als Höhe der Bereicherung in vielen Fällen ein Ausgleich geschaffen wurde, so versagten doch die Bereicherungsvorschriften, wenn eine Bereicherung auf Seiten des Unternehmers nicht gegeben war.

3. Die Frage der Betriebsordnung und Tarifordnung.

Nach Erlaß des AOG. stellte man sich nun die Frage, ob nicht die Bestimmungen der Betriebsordnung (BO.) und Tarifordnung (TO.), die ja die rechtlichen Beziehungen zwischen Unternehmer und Arbeitsgehilfen autonom regeln sollten, auch diese „Beschäftigungsverhältnisse" ergreifen könnten, und auf diese Weise die als unzulänglich empfundenen Ergebnisse der bisherigen Theorie zu verbessern wären. Bezüglich der Tarifverträge, die in gewissem Sinne als Vorläufer der TO. angesehen wurden, hatte diese Frage keine Schwierigkeiten gemacht, da die Tarifvertragsordnung offensichtlich vom Arbeitsvertrag ausging und daher auch nur Arbeitsvertragsverhältnisse ergreifen konnte. (§ 1 I TVVO.).

Die Normen der BO. und TO. sind aber keine Generalverträge zwischen einer Summe von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die den Einzelarbeitsvertrag durch Kollektivregelung in wesentlichen Punkten ersetzen sollten, sondern sie sind objektives Recht, die BO. als autonome Satzung, die TO. als Rechtsverordnung, und stehen damit beide in einer Linie mit den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen, die den Inhalt der Arbeitsverhältnisse regeln. Aus diesem Grunde kann eine Abhängigkeit der BO. und TO. vom Arbeitsvertrag nicht von vornherein angenommen werden, sondern das Verhältnis von BO. und TO. zum Arbeitsvertrag bedurfte einer eigenen, den Besonderheiten dieser Institute entsprechenden Untersuchung. Es ist klar, daß diese Frage, die nur einen kleinen Ausschnitt aus dem arbeitsrechtlichen Geschehen darstellt, gleichzeitig in die Grundprobleme des gesamten heutigen Arbeitsrechts führt. Es wird daher im folgenden des öfteren auf grundsätzliche, arbeitsrechtliche Fragen eingegangen werden müssen, ohne deren Entscheidung eine Entscheidung auch eines Teilgebietes des Arbeitsrechts nicht möglich ist.

---

[7] Reichsarbeitsblatt 1923 (Amtl. Teil) S. 498 ff.

Die Wissenschaft ging nun anfänglich auch an die Beantwortung der Frage nach den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. nach der überkommenen Antithese Vertrag-Beschäftigungsverhältnis heran, d. h. man suchte zunächst festzustellen, von welchen Voraussetzungen das AOG. die Anwendbarkeit der Bestimmungen der BO. und TO. abhängig mache, indem man das Schema Arbeitsvertrag — Beschäftigungsverhältnis dieser Untersuchung zugrunde legte.

Setzt also, so fragte man sich, die Anwendbarkeit der BO. oder TO. ein Vertragsarbeitsverhältnis voraus, oder „genügt" u. U. die bloße Beschäftigung im Betrieb?

Die Lösungen dieser Frage sind je nach der grundsätzlichen Einstellung ihrer geistigen Väter verschieden und demgemäß auch in der Begründung abweichend.

III. Die Lehren vom Arbeitsvertragsverhältnis.

1. System.

Die heute noch herrschende Lehre hat ihr System vollständig aus dem früheren Recht übernommen. Zwar hat auch sie die Notwendigkeit nicht verkannt, den neuen Grundgedanken des Arbeitsrechts, wie sie sich aus dem AOG. ergeben, Tür und Tor zu öffnen, aber sie hat das zu erreichen geglaubt, indem sie den Arbeitsvertrag als Ausgangspunkt dieser Erneuerung benutzte, um alle neuen Rechtsgedanken und Rechtswirkungen aus diesem durch Auslegung abzuleiten und zu erklären[8].

„Man hält die bisherige Dogmatik des Arbeitsverhältnisses für elastisch genug, um die rechtspolitischen Forderungen des neuen Gesetzes zu erfüllen"[9].

Dementsprechend hat sich diese Lehre die Frage nach den Voraussetzungen der BO. und TO. nach dem alten Schema Vertrag-Beschäftigungsverhältnis gestellt.

Die Antwort auf diese Frage aber konnte nach der Gedankenwelt dieser Lehre nur lauten, daß es der Arbeitsvertrag sei, an den sowohl BO. wie TO. anknüpften. Denn BO. und TO. regeln im wesentlichen Arbeitsbedingungen, und Arbeitsbedingungen haben nur

---

[8] So grundsätzlich: R.Arb.Ger. in AR-Sammlung Bd. 23, S. 170 ff.; Entscheidung vom 23. III. 35; Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2, Anm. 16; Mansfeld-Pohl, S. 90, „Nur inhaltlich hat der Dienstvertrag einen allerdings erheblichen Wandel erfahren. Das ganze Arbeitsvertragsrecht ist in dem Geist der jetzigen Rechtsordnung und ihren ethischen Gedanken auszulegen". Deutlich auch L. Richter in Soz.Prax. 34/255: „Hat so trotz der Neuerungen des AOG. der Arbeitsvertrag seine Bedeutung als begründender und inhaltsbestimmender Akt für das Arbeitsverhältnis behalten . . . so hat er doch auch einen Inhaltswandel erfahren".

[9] Siebert S. 46.

dann einen Sinn, wenn ein gültiges, gegenseitiges Verpflichtungsverhältnis besteht. Dieses Verpflichtungsverhältnis aber ist der Arbeitsvertrag.

Da nach dieser Lehre grundsätzlich immer ein Arbeitsvertrag zu fordern ist, und das Beschäftigungsverhältnis nur im Einzelfall anerkannt werden kann, so spricht die Vermutung für das Erfordernis des Vertrages. Ein besonderer Grund, im Falle der BO. und TO. eine Ausnahme zugunsten des Beschäftigungsverhältnisses zu machen, besteht nicht. Dabei war der für die Entscheidung maßgebliche Gesichtspunkt, daß BO. und TO. nur solche Arbeitsverhältnisse ergreifen könnten, die Rechte und Pflichten, wie sie sich aus diesen Instituten ergeben, an sich schon erzeugten, sodaß diese Rechte und Pflichten durch die BO. und TO. nur in bestimmter Weise beeinflußt zu werden brauchten. „Die privatrechtlichen Rechtsfolgen selbst, die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Unternehmers und des Beschäftigten ergeben sich jedoch aus dem Arbeitsvertrag, auf den die gesamten Rechtsquellen in bestimmter Weise einwirken"[10]. Denn waren die Bestimmungen der BO. und TO. dazu bestimmt, die bisher dem Arbeitsvertrag vorbehaltenen Gebiete autonom zu regeln, so war es verständlich, daß man diese Vertrags-„Ersatz"-Bestimmungen nur auf diejenigen Gefolgsleute anwenden wollte, die auf Grund eines wirksamen Arbeitsvertrages beschäftigt waren, die also in einem ordnungsmäßigen, einen Lohnspruch überhaupt erzeugenden Verhältnis zum Unternehmer standen.

Danach können also die Bestimmungen der BO. und TO. nur dann Anwendung finden, wenn zwischen Arbeitsherrn und Arbeitsgehilfen ein gültiges Arbeitsvertragsverhältnis vorliegt. Die Frage nach der Gültigkeit dieses Verhältnisses aber beurteilt sich wie früher nach bürgerlichem Recht.

Ist der Arbeitsvertrag nichtig, so entsteht durch die Einstellung ein bloßes Beschäftigungsverhältnis, das zwar öffentlichrechtliche Folgen zu haben vermag, das sogar unter gewissen Voraussetzungen die Zugehörigkeit zur „Betriebsgemeinschaft" begründen kann[11], das aber niemals dazu führen kann, materielle Arbeitsbedingungen, wie sie in der BO. und TO. enthalten sind, zur Wirksamkeit zu bringen.

Die Frage, ob nicht zum mindesten die reinen Ordnungsvorschriften der BO. von anderen rechtlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden müßten, hat sich die herrschende Lehre nicht gestellt. Sie findet sich lediglich bei Nikisch[12], der bei der Entwicklung seiner Lehre von diesen Vorschriften ausgeht, indem er behauptet, daß diese Bestimmungen, eben weil sie die Ordnung des Betriebes zum Gegenstand haben, auch für alle aus irgend einem Grunde im Betriebe Beschäftigten gelten müßten. Denn da ihr

---

10 Hueck-Nipperdey-Dietz, Vorbem. 1 vor § 26.

11 so Hueck-Nipperdey-Dietz, § 1, Anm. 19.

12 Nikisch, JW. 35/1391, der allerdings die Frage verneint.

Schwerpunkt im Betriebe liege, müsse auch der Betrieb und die Zugehörigkeit zu diesem das ausschlaggebende Moment bei der Frage der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen bilden.

Grundsätzlich wird man aber feststellen müssen, daß auch die reinen Ordnungsvorschriften als eine Art „Generalanweisung" des Unternehmers nur dann einen Sinn haben, wenn dem Unternehmer auch das Anweisungsrecht gegenüber dem anderen Teil zusteht. Das ist aber nur dann der Fall, wenn dieser „Gefolgsmann" ist, also in einem wirksamen Verpflichtungsverhältnis zum Unternehmer steht, kraft dessen er der Direktionsgewalt des Unternehmers unterworfen ist.

Das aber ist beim „faktisch Beschäftigten" nicht der Fall. Er ist dem Unternehmer nicht zum Gehorsam verpflichtet, und kann sich jeder „Pflicht" durch sofortiges Verlassen seines Arbeitsplatzes entziehen, ohne dadurch einen rechtlichen Nachteil zu erleiden.

Es können daher auch die reinen Ordnungsvorschriften der BO. beim tatsächlich Beschäftigten nicht zur Anwendung kommen, denn es fehlt der Rechtsgrund, der dem Unternehmer diese konkrete Regelung des Betriebslebens gegenüber dem ohne Vertrag Beschäftigten erlaubt.

Die grundsätzliche Stellungnahme dieser Lehre vom Arbeitsvertragsverhältnis zu den Problemen des heutigen Arbeitsrechts hat Dersch in der Arbeitsrechtskartei[13] klar und eindeutig formuliert: „Im Rahmen des geltenden Arbeitsrechts kann die Frage nur lauten, in welchen Teilgebieten des Arbeitsrechts das Beschäftigungsverhältnis anzuerkennen sei".

Grundtatbestand des heutigen Arbeitsrechts ist nach dieser Lehre das Arbeitsvertragsverhältnis. Die erste Frage hat daher stets zu lauten: Liegt ein Vertrag zwischen den Parteien vor?

Demgegenüber gilt das Beschäftigungsverhältnis nur als ein Hilfstatbestand, nach dem erst zu fragen ist, wenn festgestellt ist, daß ein Arbeitsvertrag nicht vorliegt. Die Frage nach den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. ist demnach für diese Ansicht die Frage nach dem Grundtatbestand des Arbeitsrechts überhaupt. Dieser Grundtatbestand aber ist das Arbeitsvertragsverhältnis.

Die Trennung des Arbeitsrechts in einen privatrechtlichen und einen öffentlichrechtlichen Teil ist also geblieben, geblieben ist aber auch das arbeitsrechtliche Vakuum in all den Fällen, in denen ein gültiger Arbeitsvertrag nicht vorliegt.

2. Die einzelnen Anhänger dieser Lehre.

Der oben dargestellten Ansicht folgen insbesondere die Kommentare von Hueck-Nipperdey-Dietz, Mansfeld-Pohl und Dersch mit unwesentlichen Abweichungen voneinander. Die gleiche Ansicht

[13] Arbeitsrechtskartei. Karte: Beschäftigungsverhältnis II, 2 f.

findet sich aber auch bei Lutz Richter, Joerges, Crome, Goerrig und Huber[14]. Sie alle stehen auf der Basis des Arbeitsvertrages, um von hier aus das Arbeitsrecht zu erneuern.

Zur Begründung ihrer Ansicht stützen sich diese Autoren zunächst auf das Fehlen abweichender Bestimmungen im AOG. und folgern daraus, daß es beim bisherigen Rechtszustand bleiben müsse. „Der Arbeitsvertrag und das einzelne Arbeitsverhältnis sind durch das AOG. nicht geregelt, sondern als eine von außerhalb her vorhandene Rechtseinrichtung hingenommen und geachtet[15]. Unter dem „bisherigen Rechtszustand" aber verstehen diese Lehren den Zustand vor Inkrafttreten des AOG. und übertragen infolgedessen ihre bisherigen Theorien in das neue Recht.

Vor allem aber berufen sich die Anhänger dieser Theorie auf die Bestimmungen des AOG., in denen anscheinend das Gesetz selbst sich für eine Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes ausspricht, indem es bekannte Begriffe wie „Arbeitsvertrag" und „Dienstverhältnis" verwendet. So in den §§ 27 Ziff. 6, 32 I, 59 und 60.

Da somit nicht nur jeder Anhaltspunkt dafür fehle, daß das AOG. eine grundlegende Änderung des bestehenden Rechtszustan-

---

14 So: Hueck-Nipperdey § 1, Anm. 17: „Daß das AOG. den Arbeitsvertrag als die begründende Rechtstatsache beseitigen wollte, dafür läßt sich aber aus dem Gesetz kein Anhaltspunkt finden". Vorbem. 1, zu § 26. Für die Frage der BO. § 30, Anm. 9; für die Frage der TO. § 32, Anm. 152. Mansfeld-Pohl, S. 89 ff.; „Das AOG. nimmt nämlich den Betrieb in seiner persönlichen Zusammensetzung als etwas Gegebenes"; S. 39; Mansfeld, JW. 34/595.
Dersch S. 30 ff. und Karte „Beschäftigungsverhältnis" i. d. Ar.-Kartei; L. Richter, Soz. Prax. 34/249 ff. „Das AOG. nimmt nämlich den Betrieb in seiner persönlichen Zusammensetzung als etwas Vorausgegebenes. Es befaßt sich mit der Ordnung der Betriebsgemeinschaft als eines vorhandenen Gebildes, nicht aber mit ihrer Begründung und Erneuerung". Soz. Prax. 34/251. Für die Frage der BO. auch: Dt.Arb.R. 35/313: „Zwar haben die Rechtswirkungen der Inhaltsnormen der BO. das Vorliegen rechtswirksamer Arbeitsverträge zur Voraussetzung". Joerges, Ar.R. u. Volkst. 34/31 ff. „Es gelten nach wie vor die Vorschriften über den Dienstvertrag, sie sind im Sinne und Geiste des Ges. z. Ord. d. nat. Arbeit aufzufassen und auszudeuten". S. 50.
Crone (S. 18) „Sie (die Betriebsgemeinschaft) gibt dem Arbeitsvertrag über das bisher anerkannte Maß hinaus eine starke personenrechtliche Note"; Goerrig, S. 16 f. Huber JW. 34/1018.
Auch der AR.-Ausschuß der Akademie für deutsches Recht hat sich dieser Meinung weitgehend angeschlossen. vgl. Dersch, Dtsch.Arb.Recht 35/190: „Dabei ist also festzuhalten, daß man die Rechtskonstruktion des Arbeitsvertrages auch weiterhin zwar als notwendigen Kern ansieht, und nicht etwa vom Vertrag ganz absieht und Momente, wie die Eingliederung in den Betrieb als allein ausschlaggebend betrachten würde. — Neuerdings auch Müllereisert, Dt.Arb.R. 36/95:
„Die beiderseitigen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag müssen schuldrechtlicher Art sein".

15 L. Richter, Soz. Praxis 34/254.

des habe herbeiführen wollen, sondern das Gesetz sogar ausdrücklich auf bekannte Rechtsbegriffe Bezug genommen hat, so kann nach Ansicht dieser Lehre auf Grund des AOG. ein grundlegender Neubau des Arbeitsrechts nicht durchgeführt werden.

Während nun die meisten der oben behandelten Autoren die Frage nach den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. aus ihrer grundsätzlichen Einstellung zu den arbeitsrechtlichen Tatbeständen entscheiden, nehmen Dersch und Joerges trotz grundsätzlicher Billigung der Vertragstheorie in dieser Frage einen von der herrschenden Lehre abweichenden Standpunkt ein.

Dersch vertritt bezüglich der Voraussetzungen von BO. und TO. die Ansicht, daß kraft Autonomie der die BO. und TO. erlassenden Stellen diese die Möglichkeit hätten, die Wirksamkeit dieser Rechtsinstitute auch auf die bloßen Beschäftigungsverhältnisse auszudehnen. Zwar schließt er „aus der ganz offensichtlichen Gleichstellung von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im § 27 Ziff. 5 und 6 AOG.", „daß das Gesetz für die BO. nicht vom vertraglosen Beschäftigungsverhältnis, sondern vom Arbeitsvertrag als naturgegebener Grundlage der gegenseitigen Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigten ausgeht"[16]. Er glaubt jedoch aus den Ausdrücken „für die Gefolgschaft" und „für die Betriebsangehörigen" (§§ 26, 30 AOG.) „zwanglos" eine Ermächtigung der normenschaffenden Stelle entnehmen zu können, die Wirksamkeit auf die Beschäftigungsverhältnisse auszudehnen. Obwohl also grundsätzlich BO. und TO. ein wirksames Arbeitsvertragsverhältnis voraussetzen, soll danach dennoch der Unternehmer bzw. der Treuhänder der Arbeit es in der Hand haben, dem ohne Arbeitsvertrag Beschäftigten eine bessere oder ungünstigere Rechtsstellung zu verleihen. Insoweit entsteht dann ein außervertragliches Schuldverhältnis, das neben den Abschnitten „Ungerechtfertigte Bereicherung", „Unerlaubte Handlungen" und „Geschäftsführung ohne Auftrag" eine neue Rechtsfigur des bürgerlichen Rechts darstellt[17].

Gegen diese Auffassung wendet sich Joerges, indem er geltend macht, daß sozialrechtlich die Eingliederung in den Betrieb der grundlegende Vorgang sei. Vertraglose Arbeitsverhältnisse brauchten daher nicht ausdrücklich in den Geltungsbereich der BO. und TO. hineinbezogen werden, sondern würden immer von diesen ergriffen, sofern sie nicht ausdrücklich ausgenommen seien. Zur Begründung seiner Ansicht stützt sich Joerges vor allem auf die Terminologie des Gesetzes, wobei er den Begriff „Arbeitsverhältnis" im § 32 AOG. auch im Sinne von Beschäftigungsverhältnis versteht[18].

---

16 Dersch, S. 176; ähnlich AR.-Kartei, Beschäftigungsverhältnis II, 2 f.; für die Frage der TO: S. 211.
17 Dersch, S. 176.
18 Joerges, Arb.R. u. Volksst. 34/315, 16.

3. Kritik.

Die Bedenken, die im einzelnen gegen diese Lehre geltend zu machen sind, hat Siebert in seinen verschiedenen Veröffentlichungen[19] überzeugend dargestellt. Will man tatsächlich ernst machen mit dem sozialistischen Gemeinschaftsgedanken im arbeitsrechtlichen Betriebsleben, so ist hier die beste Gelegenheit, diesen Willen zu beweisen. Jeder Versuch, mit dem überkommenen Vertragsbegriff weiter zu arbeiten, muß aber schon darum als verfehlt angesehen werden, weil es niemals gelingen kann, selbst mit Hilfe des „personenrechtlichen Vertrages" und extensiver Auslegung, die Rechtswirkungen zu erklären, die die Betriebsgemeinschaft erfordert[20], und die z. T. von der herrschenden Lehre auch bereits anerkannt sind. (So die Fragen des Betriebsrisikos)[20a].

Denn ein „Vertrag" ist eine rechtliche Beziehung zwischen zwei Parteien. Es werden durch den Vertrag gegenseitige Rechte und Pflichten geschaffen, weil die Parteien sich in dieser ganz bestimmten Weise haben binden wollen. Alle außerhalb dieses Verhältnisses liegenden Ereignisse haben für die Entwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nur insoweit Bedeutung, als Gesetz und Parteiwillen es festsetzen.

Gerade diese Definition aber muß beim Arbeitsverhältnis versagen. Denn dieses ist kein schuldrechtliches Austauschverhältnis zwischen Unternehmer und einzelnem Gefolgsmann, sondern es ist bestimmt von der konkreten Gemeinschaft des Betriebes. Diese Gemeinschaft wirkt mit ihren Forderungen und eigenen Gesetzen dauernd auf das Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann ein, sie kann es wandeln, kann neue Bedingungen und Pflichten schaffen, kurz kann das gesamte Arbeitsverhältnis unabhängig vom Willen der Parteien und von der gesetzlichen Regelung, soweit diese nicht zwingender Natur ist, gestalten. Das aber widerspricht dem Wesen jedes Vertrages.

Alle Versuche, diese Lehre durch eine neue Deutung des Vertragsbegriffes zu stützen und sie den Gedanken des heutigen Arbeitsrechts anzupassen, müssen daher als fehlgeschlagen angesehen werden. So insbesondere auch der Versuch von Nipperdey in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht[21], der durch den Vertragsschluß eine „Treuegemeinschaft" entstehen lassen will, die im Vertrage wurzelt, und zu der durch die Einordnung in den Betrieb als weiterer Tatbestand arbeitsrechtlichen Lebens die „Betriebsgemeinschaft" tritt. Denn auch bei dieser Deutung bleibt das Hauptargument, das gegen diese Lehre im übrigen zu erheben war,

---

19 Siebert, Dt.Arb.R. 35/95 ff., 36/6 ff. Dt. Recht 35/481 ff.; 36/101 ff., ZdAkademie 36/93 ff. Arbeitsverhältnis 1935.

20 so auch: Denecke, Dt.Arb.R. 34/222.

20a Vgl. dazu insbesondere: Hueck-Nipperdey, I, S. 227 ff. Huck-Nipperdey-Dietz zu § 2, Anm. 25.

21 ZdAkademie 35/911 ff.

bestehen: die Zweiteilung der arbeitsrechtlichen Beziehungen in einen vertraglichen Teil (Treuegemeinschaft) und einen „faktischen" bzw. rechtlichen Teil minderer Ordnung.

Ebensowenig kann die Argumentation, die sich auf die Terminologie des Gesetzes gründet, als stichhaltig angesehen werden.

Es ist klar, daß ein Gesetz, auch wenn es grundlegend neue Gedanken zu vermitteln trachtet, sich in überkommenen Begriffskategorien ausdrücken wird. Man kann daher der Terminologie eines neuen Gesetzes keineswegs die ausschlaggebende Bedeutung beimessen, die ihr von der herrschenden Lehre beigemessen wird. Es muß vor aller Terminologie vielmehr der Geist des Gesetzes maßgebend sein, und dieser Geist des AOG. spricht gegen den Arbeitsvertrag im bisherigen Sinne. Begriffe können einen neuen Inhalt bekommen und sie haben einen neuen Inhalt bekommen, den zu suchen und aufzudecken Aufgabe der Arbeitsrechtswissenschaft sein wird.

4. Ergebnis.

Das Ergebnis dieser Lehre, die heute noch als die herrschende anzusehen ist, ist die Unmöglichkeit, die Bestimmungen der BO. und TO. anzuwenden, wenn nicht ein rechtswirksamer Arbeitsvertrag vorliegt. Das Beschäftigungsverhältnis genügt nicht, da sein Wirkungsbereich im öffentlichen Recht zu suchen ist, BO. und TO. aber vorwiegend materielle Arbeitsbedingungen enthalten.

Das bedeutet aber praktisch, daß wir in der Frage der Verbesserung der Rechtsstellung des ohne Arbeitsvertrag Beschäftigten um keinen Schritt weiter gekommen sind. Das Vakuum, das bezüglich des Verhältnisses zwischen Unternehmer und vertraglos Beschäftigten früher bestanden hat, besteht weiter, und es müssen die unzulänglichen Bestimmungen des BGB., insbesondere die §§ 812 ff., weiter zur Anwendung kommen.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß diese Lösung des Problems weder die Forderungen der Praxis erfüllt, noch dem neuen Gemeinschaftsdenken völlig gerecht wird.

IV. Die Lehren von der „Betriebszugehörigkeit".

1. System.

Während alle Arten der bisher behandelten Lehren auf dem Arbeitsvertrage ruhen, neben dem die faktische Beschäftigung oder Betriebszugehörigkeit nur in ganz beschränktem Umfang Bedeutung gewinnen konnte, hat eine zweite Gruppe von Theorien ihren Schwerpunkt in die Sphäre der Betriebszugehörigkeit verlagert.

Dabei ist zunächst festzustellen, daß der Ausgangspunkt dieser Lehren kein grundsätzlich anderer ist. Sie erkennen den Arbeitsvertrag als arbeitsrechtlichen Tatbestand in vollem Umfange an. Sie betonen jedoch im Gegensatz zur herrschenden Lehre in weitaus stärkerem Maße die besondere Eigenbedeutung der Betriebszugehörigkeit. Es ist dies die herrschende Lehre mit umgekehrtem Vorzeichen. Der Vertrag wird durch die Zugehörigkeit zum Betrieb, die gegenüber dem Vertragsverhältnis als Rechtsverhältnis eigener Ordnung anzusehen ist, „zurückgedrängt". Der Streit Vertrag-Beschäftigungsverhältnis ist also zwischen diesen beiden Gruppen eine bloße „Zuständigkeitsfrage"[22].

Der Hauptvertreter dieser Lehre ist Nikisch.

2. Die Lehre von Nikisch.

Obwohl Nikisch die Bedeutung und den Fortbestand des Arbeitsvertrages in seiner bisherigen Form (als gegenseitiger Schuldvertrag) grundsätzlich anerkennt und ihm insbesondere die vertragliche Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen Verhältnisse durch Einzelabrede zuweist, verkennt er doch keineswegs, daß die Betriebsgemeinschaft und die Zugehörigkeit zu ihr durch das AOG. zum Mittelpunkt allen arbeitsrechtlichen Lebens geworden ist. Es hat sich somit nach Nikisch das Schwergewicht des Arbeitsrechts verlagert. Die Betriebszugehörigkeit und die sie begründende Einordnung in den Betrieb haben erhöhte Bedeutung gewonnen, während sich der Arbeitsvertrag mit einer untergeordneten Rolle begnügen muß. „Der Arbeitsvertrag wird an die Peripherie gerückt"[23]. Die Betriebsgemeinschaft ist Mittelpunkt des arbeitsrechtlichen Lebens geworden.

Für Nikisch ist jedoch das durch die Einordnung in den Betrieb geschaffene „Zugehörigkeitsverhältnis" keinesfalls mehr ein nur „faktisches" Beschäftigungsverhältnis. Nikisch fordert zur Wirksamkeit der Einordnung in den Betrieb einen übereinstimmenden Willen von Unternehmer und Gefolgsmann[24], und zwar muß es sich um einen natürlichen Willen handeln, nicht um einen Rechtswillen, sodaß wohl der Minderjährige, nicht aber der völlig Geisteskranke ein wirksames Beschäftigungsverhältnis eingehen kann.

Das Betriebszugehörigkeitsverhältnis selbst ist ein gegenseitiges Rechtsverhältnis eigener Art, das als arbeitsrechtlicher Tatbestand von der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft, wie sie im § 1 AOG. definiert ist, ausgeht.

Dieses Betriebszugehörigkeitsverhältnis stellt Nikisch dem Vertrags-Arbeitsverhältnis gegenüber und argumentiert folgendermassen: Das AOG. ist das Gesetz der Betriebsgemeinschaft. Es geht

---

[22] Siebert, Dt. Recht 35/402.
[23] Nikisch, Gesetz zur Ordnung d. nationalen Arbeit, S. 11.
[24] Nikisch, a.a.O. S. 22.

aus von der sozialistischen Gemeinschaft der arbeitenden Menschen im Betriebe und knüpft demgemäß seine Rechtsfolgen allein an die Zugehörigkeit zu dieser Gemeinschaft.

So kommt Nikisch dazu, das auf natürlicher Willenseinigung beruhende Betriebszugehörigkeitsverhältnis als Grundlage aller im AOG. geregelten Rechtsbeziehungen anzusehen[25], während im übrigen, also außerhalb des AOG., die arbeitsvertragliche Regelung allein maßgebend sein soll. Nikisch sieht somit die Betriebszugehörigkeit als Grundlage aller Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann an, soweit sie im AOG. geregelt sind. Außerhalb des AOG. ist das Feld des Arbeitsvertrages, der als gegenseitiger, schuldrechtlicher Vertrag des BGB. anzusehen ist.

Eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Regelung bilden allerdings die Fälle, in denen der Beschäftigte auf Grund irgend eines anderen rechtlichen Verhältnisses zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. (Kraft Familienrechts, als Fürsorgezögling usw.). Hier kommt weder die rechtliche Verpflichtung noch die Tatsache der Einordnung in den Betrieb in Betracht, da hier keine „abhängige" Arbeit im Sinne des Arbeitsrechts geleistet wird, sondern das gesamte Verhältnis zwischen Unternehmer und Beschäftigten bestimmt sich nach dem der Beschäftigung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis. Es handelt sich somit bei derartigen „Beschäftigungen" nicht um einen Fall des Arbeitsrechts. Die Abhängigkeit des Arbeitsgehilfen muß durch die Tatsache der Arbeit gegeben sein, nicht aber auf Grund eines sonstigen Verhältnisses.

Daher ist in diesen Fällen die Tatsache der Beschäftigung unerheblich[26].

Wie allerdings Nikisch die Entscheidung darüber treffen will, ob nun der eine oder andere Fall gegeben ist, bleibt unklar. Es müßte, da die Einordnung als tatsächlicher Vorgang indifferent ist, auf der subjektiven Seite, also in der Willenseinigung, eine entsprechende Charakterisierung des Verhältnisses gefordert werden, ein Problem, das sich Nikisch nicht gestellt hat, das aber für die praktische und rechtliche Bedeutung der von Nikisch geforderten „natürlichen Willenseinigung" von Erheblichkeit sein müßte.

Nach der Lehre von Nikisch ist somit die Betriebszugehörigkeit Grundtatbestand des Arbeitsrechts geworden, und es ist bei allen arbeitsrechtlichen Verhältnissen zunächst zu fragen: Ist der Gefolgsmann in den Betrieb eingeordnet? Sollen darüber hinaus andere Rechtswirkungen geprüft werden, so ist erst dann die weitere Frage zu stellen: Liegt zwischen den Beteiligten ein Arbeitsvertrag vor[27]?

---

[25] Nikisch, a.a.O. S. 9.
[26] so Nikisch, a.a.O. S. 23.
[27] Deutlich sagt das Nikisch, S. 23: „Die Tatsache, der Einordnung besteht für sich und äußert, auch abgesehen von jedem Vertrage, ihre rechtlichen Wirkungen".

Aus dieser Einstellung heraus beantwortet Nikisch auch die Frage nach der Anwendbarkeit von BO. und TO. Da BO. und TO. als Rechtsinstitute im AOG. geregelt sind, gehören sie zu der Gruppe, die vom Gedanken der Betriebsgemeinschaft beherrscht ist und daher von der Zugehörigkeit zu dieser ausgeht. Voraussetzung der Anwendbarkeit von BO. und TO. ist danach lediglich Einordnung in den Betrieb auf Grund von Willensübereinstimmung im natürlichen Sinne. Gültigkeit oder Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ist auf die Frage ohne jeden Einfluß.

Eine Ausnahme von dieser Regelung machen lediglich die Bestimmungen der BO., die einen Arbeitsvertrag „ausdrücklich voraussetzen". Es sind dies vor allem die Bestimmungen, die die Kündigung betreffen, da nach Nikisch nur der Arbeitsvertrag „gekündigt" werden kann, also das Fehlen eines Arbeitsvertrages diese Vorschriften sinnwidrig machen würde. Nikisch beruft sich dabei in der Frage der BO. insbesondere auf die Terminologie des Gesetzes. Nach § 30 AOG. gelte die BO. schlechthin für alle Betriebsangehörigen[28]. Ebenso argumentiert Nikisch bezüglich der TO., daß diese nach § 32 „Arbeitsverhältnisse" regeln solle. Unter Arbeitsverhältnis aber sei nicht nur das Vertrags-Arbeitsverhältnis zu verstehen, sondern auch das bloß tatsächliche Arbeitsverhältnis[29].

Diese Gründe vermögen jedoch keinesfalls zu überzeugen. Es sind durch bloße Worte noch keine Begriffe gegeben. Steht in einem Gesetz ein „terminus", so muß es Aufgabe der Wissenschaft sein, diesen Begriff inhaltlich auszuschöpfen, nicht ihn als Argument für eine Theorie zu gebrauchen. Das vor allem dann, wenn Begriffe so vieldeutig sind, wie etwa der Begriff des Arbeitsverhältnisses. Das, was Nikisch zu beweisen trachtet, nämlich daß das AOG., vom Betriebszugehörigkeitsverhältnis ausgeht, setzt er bereits voraus, indem er die termini des Gesetzes in seinem Sinne deutet. Seine Argumentation ist also insoweit auf einer „petitio principii" aufgebaut.

Die Grundtendenz der Lehre von Nikisch ist also, wie bereits oben dargelegt, eine Ausweitung des Beschäftigungsverhältnisses gegenüber dem Arbeitsvertrag. Neben dem Arbeitsvertrag als normaler Gestaltung der arbeitsrechtlichen Verhältnisse wird der Betriebszugehörigkeit eine verstärkte, von der Vertragslehre völlig gelöste, Eigenbedeutung eingeräumt[30]. Mit einer weiteren Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses können jedoch die Probleme des neuen Arbeitsrechts nicht gelöst werden.

Daß diese Lehre weder den praktischen Erfordernissen noch der juristischen Exaktheit gerecht wird, ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

---

[28] Nikisch, a.a.O. S. 48.
[29] Nikisch, a.a.O. S. 59.
[30] Das wird besonders deutlich, wenn Nikisch (S. 59) meint, daß, wenn die TO. an die Tatsache der Beschäftigung im Betriebe anknüpft, dies auch für die Regelfälle gelten müsse, wo dieser Beschäftigung ein Arbeitsvertrag zugrunde liegt".

Da Nikisch die Betriebszugehörigkeit nur für die aus dem AOG. sich ergebenden Rechtsbeziehungen ausschlaggebend sein läßt, im übrigen aber den Arbeitsvertrag für maßgebend erklärt, so wäre in vielen Fällen ein gesicherter Lohnanspruch des Gefolgsmannes von dem Zufall abhängig, ob der Unternehmer die Lohnhöhe in seiner BO. festgesetzt hat oder nicht. Das Gleiche gilt auch für die übrigen Arbeitsbedingungen, die dem ohne wirksamen Arbeitsvertrag Beschäftigten immer nur dann zugute kommen würden, wenn sie in der BO. oder einer TO. geregelt sind. Denn ist das geschehen, so ergreifen diese Bestimmungen jeden, der auf Grund natürlicher Willensübereinstimmung in den Betrieb eingeordnet wird, sind sie es aber nicht, so gelten für jeden, dessen Beschäftigung nicht auf einem gültigen Arbeitsvertrag beruht, die Bestimmungen des BGB., insbesondere die §§ 812 ff. Es kann aber unmöglich Sinn des AOG. sein, eine derartig unterschiedliche Behandlung für ein und dasselbe rechtliche Verhältnis zu dekretieren[31]. Dazu kommt, daß diese Lehre in das arbeitsrechtliche Leben einen unheilvollen Bruch reißen würde. Es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, die Bestimmungen des AOG., die ihren Sinn im gesamten arbeitsrechtlichen Leben der Nation haben sollten, von der sonstigen arbeitsrechtlichen Gestaltung abzuspalten und sie Sonderregeln und Sondervoraussetzungen zu unterwerfen, wie es Nikisch tut.

Der grundlegende Fehler der Lehre von Nikisch aber liegt m. E., in seiner rückblickenden Betrachtungsweise im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis.

Nikisch geht nämlich von dem Fall aus, daß ein Arbeiter ohne wirksamen Arbeitsvertrag in einen Betrieb eingeordnet ist, und fragt nun: Sollen die Bestimmungen des AOG., vor allem BO. und TO., diesen Mann nicht auch erfaßt haben, soll er insbesondere für seine ordnungsmäßig verrichtete Arbeit nicht einen Lohnanspruch erworben haben? Dabei stellt es Nikisch ganz auf die Tatsache ab, daß der ohne Vertrag Beschäftigte seine Arbeit tatsächlich geleistet hat, nicht aber darauf, ob er zur Arbeitsleistung rechtlich verpflichtet war[32].

Zu einem anderen Ergebnis aber müßte Nikisch kommen, wenn er nach vorwärts blickt und dann fragt: Soll dieser Mann, der, wie sich herausgestellt hat, ohne Vertrag beschäftigt ist, von nun ab auch unter den Regeln des AOG. stehen, soll er von jetzt ab Rechte und Pflichten aus einer BO. oder TO. haben? Denn BO. und TO. enthalten „Arbeitsbedingungen", und Arbeits-„bedingungen" setzen begrifflich schon voraus, daß eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung besteht. Daß aber Nikisch eine solche in der Betriebszugehörigkeit nicht sehen will, ergibt sich schon daraus, daß er auf diese Verhältnisse die Bestimmung des § 27 Ziff. 5 AOG. über Kündigungsgründe nicht anwenden will, da sie einen Arbeits-

[31] Dagegen mit Recht: Hueck-Nipperdey-Dietz, Vorbem. 1 vor § 26.
[32] Eine ähnliche Fragestellung findet sich bei Klotz, Dt.Arb.R. 34/229.

vertrag „ausdrücklich voraussetzen“[33]. Wenn Nikisch[34] behauptet, daß der tatsächlich Beschäftigte Rechte und Pflichten aus der BO. haben könne, wie jeder andere Angestellte, so ist darauf hinzuweisen, daß nur faktisch Beschäftigte gar keine „Pflichten“ im rechtlichen Sinne haben können dergestalt, daß eine Nicht-Erfüllung dieser Pflichten einen rechtlichen Nachteil für sie zur Folge hätte.

Man muß sich also fragen: Hat es überhaupt einen Sinn, über die Anwendbarkeit von Bestimmungen des AOG. für die Zukunft zu diskutieren, wenn Unternehmer und Gefolgsmann jederzeit das Recht haben, auseinanderzugehen[35], wenn also eine gegenseitige Verpflichtung überhaupt nicht besteht, und der eine Teil dem anderen nicht zu folgen braucht?

Wie kann man die Ordnung der nationalen Arbeit auf einem „faktischen Zustand“ aufbauen, der nicht einmal einen gegenseitigen, rechtlichen Verpflichtungsgrund bildet? Ein Verpflichtungsverhältnis ist wohl das Mindeste, das für einen arbeitsrechtlichen Grundtatbestand zu fordern ist.

So muß dieser Versuch, auf dem Wege über BO. und TO. materielle Arbeitsbedingungen auf das Beschäftigungsverhältnis im Sinne der Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft anzuwenden, als gescheitert angesehen werden, denn Arbeitsbedingungen setzen begrifflich schon voraus, daß eine Verpflichtung, die Arbeit zu leisten, besteht.

So erfreulich die Ergebnisse sein mögen, zu denen Nikisch in einigen Fällen kommt, so wenig gangbar erscheint d i e s e r Weg, sie zu erreichen.

3. Die Lehre von Potthoff.

In der gleichen Richtung bewegt sich die Lehre von Potthoff.

Potthoff knüpft in seiner Behandlung der arbeitsrechtlichen Probleme um Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis an die in seinen früheren Schriften entwickelten Gedanken an, wobei er in der Gestaltung des AOG. eine Bestätigung für die Berechtigung seines seit 30 Jahren geführten Kampfes um das Arbeitsverhältnis zu finden glaubt.

Ebenso wie Nikisch weist er dem Arbeitsvertrag, den er als schuldrechtlichen Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts kennzeichnet, die Aufgabe zu, das „Mehr“ der Arbeitsbedingungen, d. h. den über die gesetzlich oder durch BO. oder TO. normierten Bedingungen hinausgehenden Teil, zu gestalten. Im übrigen ist Grundtatbestand das „Arbeitsverhältnis“, das auf der Tatsache der Arbeitsleistung im Betrieb aufgebaut ist. „Die wichtigsten Rechtsverhältnisse bedürfen des Einzelarbeitsvertrages nicht, sondern werden

[33] Nikisch, S. 48.
[34] Nikisch, S. 49.
[35] Nikisch, S. 49.

durch die Tatsache der Beschäftigung ausgelöst"[36]. Hier zeigt sich besonders deutlich, daß diese Lehre nichts weiter ist, als eine Umkehrung der Lehre vom Arbeitsvertagsverhältnis. Hier: Beschäftigung, evtl. Vertrag, dort: Arbeitsvertrag, evtl. Beschäftigung.

Dieses Beschäftigungsverhältnis will aber Potthoff im Gegensatz zu Nikisch so weit ausgestalten, will er rechtlich so verstärken, daß es völlige Rechtsgrundlage zwischen den Parteien wird, mit dem Ergebnis, daß eine sofortige einseitige Lösbarkeit des Verhältnisses ausgeschlossen ist. Es müssen vielmehr auch beim bloßen Beschäftigungsverhältnis die gesetzlichen oder durch BO. bzw. TO. normierten Kündigungsfristen innegehalten werden. „Wer im Betriebe wie ein Angestellter oder Arbeiter beschäftigt wird, der ist Angestellter oder Arbeiter"[37]. Eine derartige Lehre aber ist von der Fiktion nicht mehr sehr weit entfernt. Will man nämlich nach dem Gedankengang dieser Ansicht den im Betriebe beschäftigten Geisteskranken einen Lohnanspruch und Kündigungsfristen zubilligen, so kann man das auf zwei Wege erreichen. Entweder auf dem Wege der Fiktion. Es wird der Beschäftigte behandelt, „als ob ein gültiger Arbeitsvertrag entstanden wäre". Oder aber dadurch, daß man behauptet, daß die gesetzlichen Bestimmungen auf diese Beschäftigungsverhältnisse Anwendung finden.

Beide Wege sind ungangbar. Der erste, weil er auf einer rechtlich unbefriedigenden Fiktion aufbaut, der zweite, weil die Vorschriften über den Dienst-„vertrag" eben nur für den Vertrag gelten sollen, nicht aber für ein Beschäftigungsverhältnis.

Für die Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. bedeutet das, daß diese als „soziale Mindestbedingungen" für alle im Betriebe Beschäftigten schlechthin gelten, ohne daß im Einzelfall geprüft zu werden braucht, ob die Beschäftigung auf einem Vertrag beruht. Der Arbeitsgehilfe, der aus einer BO. seinen Lohn verlangt, hat lediglich zu beweisen, daß er im Betriebe beschäftigt ist. Will er dagegen einen höheren Lohn als den in der BO. festgesetzten, so hat er den Abschluß eines entsprechenden Dienstvertrages darzutun und zu beweisen.

Da sich die Lehre von Potthoff in den wesentlichsten Punkten mit der oben entwickelten von Nikisch deckt, muß das dort zur Kritik Gesagte hier entsprechend gelten.

4. Ergebnis.

Alle diese Lehren sind an dem „fait accompli" orientiert, daß sich das Verhältnis zwischen Unternehmer und Gefolgsmann in der vergangenen Zeit scheinbar ordnungsmäßig abgewickelt hat,

---

[36] Potthoff, Das deutsche Arbeitsrecht, S. 52. Weiter: „Sachlich hat das sog. Arbeitsvertragsrecht also nur die Aufgabe, diejenigen Arbeitsbedingungen festzulegen, die über die sozialen Mindestbedingungen hinaus zwischen den Einzelnen gelten sollen".

[37] Potthoff, a.a.O., S. 52.

sich also äußerlich in nichts von einem voll gültigen Arbeitsverhältnis unterscheidet, und nun rückwirkend nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Daß hier eine Regelung, die über den bloßen Bereicherungsanspruch hinausgeht, de lege ferenda äußerst erwünscht wäre, ist nicht zu bestreiten. Es geht jedoch nicht an, daran das gesamte Arbeitsrecht zu orientieren, und nun einen Tatbestand zu suchen, der diese Fälle zum mindesten noch mit umfaßt.

Man darf nicht den Ausnahmefall zum dogmatischen Ausgangspunkt für das ganze arbeitsrechtliche System machen und Billigkeitserwägungen entscheidend sein lassen für die Richtigkeit einer Rechtstheorie. Der Satz: diese Lösung erscheint angemessen, also ist es die Lösung, darf niemals für die rechtliche Untersuchung ausschlaggebend sein.

Es läßt sich somit abschließend feststellen, daß auch diese Versuche, die Anwendbarkeit von BO. und TO. auf nichtvertragliche Arbeitsverhältnisse auszudehnen, als unbefriedigend anzusehen sind.

Damit ist aber zugleich deutlich gemacht, daß alle Versuche, auf dem bisherigen Wege zu einem zufriedenstellenden Ziel zu gelangen, nicht gelungen sind. Es mußten daher neue Wege gesucht werden, um ein Problem zu lösen, das weit über den hier gesteckten Rahmen hinaus für das gesamte Arbeitsrecht grundlegende Bedeutung haben muß. Diesen Weg hat Siebert versucht.

V. Das neue „Arbeitsverhältnis".

1. System.

Die Siebert'sche Lehre geht nicht mehr vom Arbeitsvertrag aus. Sie geht vielmehr aus vom Ergebnis der arbeitsrechtlichen Gestaltung, dem Arbeitsverhältnis[1]. Das Arbeitsverhältnis ist nach Siebert der Grundtatbestand des gesamten heutigen Arbeitsrechts. Ausgehend vom nationalsozialistischen Gemeinschaftsgedanken muß die Betriebsgemeinschaft die Achse allen arbeitsrechtlichen Geschehens bilden, denn nur so, folgert Siebert, kann von einer wirklichen Überwindung des alten „Interessedenkens" und einer konsequenten Durchführung des sozialistischen Gemeinschaftsgedankens die Rede sein.

Schon vor Siebert haben zwar verschiedene Autoren auf die Notwendigkeit einer inneren, geistigen Umgestaltung des Arbeits-

[1] Das wird besonders deutlich in dem Aufsatz, Dt.Arb. Recht 35/95 ff., worin Siebert noch behauptet, daß eine Art der Entstehung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitsvertrag sei, im übrigen aber nur das fertige Arbeitsverhältnis behandelt, während die Lehre von den Entstehungstatbeständen noch fehlt und erst in späteren Arbeiten entwickelt wird.

rechts vom Arbeitsvertrag zum Arbeitsverhältnis hingewiesen[2]. Doch war Siebert der erste, der auf dem Boden der Betriebsgemeinschaft ein einheitliches System des „Arbeitsverhältnisses" aufgebaut hat, und der vor allem die Fragen der Entstehung eines derartigen Verhältnisses eingehend untersucht hat.

Das Arbeitsverhältnis selbst sieht Siebert als ein personenrechtliches Gliedschaftsverhältnis, das aufgebaut ist auf der gegenseitigen Treuepflicht von Unternehmer und Gefolgsmann, wie sie sich aus der Betriebsgemeinschaft ergibt. Siebert verneint damit die Antithese Vertrag — Beschäftigungsverhältnis und ersetzt sie durch das neue, wirkliche „Arbeitsverhältnis".

Dieses Verhältnis aber wird nicht getragen vom Geschäftswillen der Parteien des Arbeitsverhältnisses, es ist nicht, weil es die Parteien gewollt haben, sondern es ist eigenkräftiges Recht, Recht der sozialistischen Betriebsgemeinschaft. Das Problem ist von Mansfeld[3] klar herausgearbeitet: „Maßgebend ist, ob ein solcher, zwischen zwei bestimmten Personen abgeschlossener Vertrag den alleinigen Rechtsgrund und die Rechtsquelle für gegenseitige Rechte und Pflichten abgibt, oder ob . . . das Arbeitsverhältnis nur der Wesensordnung der Betriebsgemeinschaft unterliegt und seine Wirkungen, insbesondere die Pflichten nicht auf dem Geschäftswillen der Parteien, sondern unmittelbar in der Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses begründet sind".

Siebert hat sich für die zweite Alternative entschieden und daran seine Lehre vom Arbeitsverhältnis orientiert. Dieses Arbeitsverhältnis macht Siebert zum Mittelpunkt des gesamten, arbeitsrechtlichen Geschehens und entscheidet danach auch die Frage nach den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. Wie alle arbeitsrechtlichen Beziehungen kennt auch die Anwendbarkeit dieser beiden Institute nur eine Voraussetzung: ein gültiges Arbeitsverhältnis[4]. Das Arbeitsverhältnis ist also nicht mehr die Summe der rechtlichen Beziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann in dem Sinne, daß unter seinem Begriff die verschiedenartigsten Rechte und Pflichten, die den einzelnen inhaltbestimmenden Normen (Arbeitsvertrag, Tarifvertrag und Gesetz) entstammen, zusammengefaßt werden. Das Arbeitsverhältnis ist vielmehr arbeitsrechtlicher Tatbestand eigener Art geworden, es ist Rechtsverhältnis kraft eigenen Rechts. Und zwar ist es Zentraltatbestand des Arbeitsrechts: die Rechte und Pflichten von Unternehmer und Gefolgsmann sind nicht mehr, weil ein Vertrag geschlossen ist, sondern sie sind, weil ein Arbeitsverhältnis besteht. Das Arbeitsverhältnis ist somit die „causa" der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann geworden.

---

[2] Ansätze dazu zeigen sich insbesondere bei: Weigelt, Nicht-Arbeitsvertrag sondern Arbeitsverhältnis Arb.R. u. Volkst. 34/5 ff.; Kausen, Dt.Arb.R. 34/73; Denecke, Dt.Arb.R. 34/219 ff.; Oppermann, Dt.Arb.R. 34/332 ff.

[3] Mansfeld, ZdAkademie, 35/907.

[4] Siebert, Arbeitsverhältnis, S. 106.

Das „Arbeitsverhältnis" ist demnach keinesfalls „faktisches Beschäftigungsverhältnis oder ein sonstiger Hilfstatbestand, sei es auch rechtlicher Art, sondern das Arbeitsverhältnis ist zentraler Tatbestand des gesamten Arbeitsrechts.

Um diese Lehre nun in all ihren Konsequenzen zu verstehen, um insbesondere zu erkennen, welche Fälle danach der Wirksamkeit von BO. und TO. unterliegen, muß aber noch dargelegt verden, was denn als „gültiges" Arbeitsverhältnis zu verstehen ist, insbesondere von welchen Umständen die Entstehung eines gültigen Arbeitsverhältnisses abhängig ist. Es müssen also die Entstehungstatbestände des Arbeitsverhältnisses dargelegt werden.

Daß das Arbeitsverhältnis nach Siebert nicht auf dem Geschäftswillen der Parteien beruht und daher vom Bestehen eines Arbeitsvertrages im bisherigen Sinne nicht abhängig ist, wurde bereits erwähnt. Entstehungstatbestand für das gültige Arbeitsverhältnis ist vielmehr die Einordnung in den Betrieb als Akt der Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft. Diese Einordnung in den Betrieb enthält ein tatsächliches Moment, die Einweisung in einen bestimmten Arbeitsplatz, und ein „rechtliches" Moment, nämlich die Kundgabe der Willenseinigung der Beteiligten über die Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Es mag auf den ersten Blick so scheinen, als ob mit dieser Definition nur das wiederholt würde, was bereits Nikisch und Potthoff gelehrt haben: die Abhängigkeit der arbeitsrechtlichen Wirkungen von der Einordnung in den Betrieb, die auf Grund von Willensübereinstimmung erfolgen muß.

Das ist jedoch keineswegs der Fall. Es ergeben sich vielmehr zwischen den Lehren vom Betriebszugehörigkeitsverhältnis und der Lehre vom „Arbeitsverhältnis" eine Reihe von bedeutsamen, wesensmäßigen Unterschieden. Das Arbeitsverhältnis ist für Siebert Zentraltatbestand des Arbeitsrechts. Es ist ein Rechtsverhältnis, das die Ganzheit aller arbeitsrechtlichen Beziehungen umschließt, es ist ein totaler Begriff, der aus dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft entwickelt ist.

Demgegenüber ist bereits oben gezeigt, daß die Lehren von der Betriebszugehörigkeit zwar auch vom Gedanken der Betriebsgemeinschaft ausgehen, ihn jedoch nicht bis zur letzten Konsequenz durchgeführt haben. Sie billigen dem Betriebszugehörigkeitsverhältnis nie die Aufgabe des zentralen arbeitsrechtlichen Tatbestandes zu, der alle Rechtswirkungen auslöst, sondern erkennen daneben das Arbeitsvertragsverhältnis an, das sie für gewisse Rechtsbeziehungen mehr heranziehen, für andere wieder als unerheblich erklären. Diese Lehre steht also in einer wenig glücklichen Bipolarität. Sie hat stets mit zwei Tatbeständen zu arbeiten, ohne sich für einen endgültig entscheiden zu können.

Vor allem aber bestehen in den rechtlichen Voraussetzungen der Willenseinigung bedeutsame Unterschiede. Während nämlich

die Lehren von der Betriebszugehörigkeit lediglich einen natürlichen Willen verlangen, fordert Siebert einen „Rechtswillen", der allerdings von dem „rechtsgeschäftlichen" Willen des Allgem. Teiles des BGB. wesentlich abweicht und als ein von den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses gestalteter „Arbeitsrechtswillen" dargestellt werden kann.

Die Erklärung der Willenseinigung als „Vertrag" zu bezeichnen, lehnt Siebert ab. Von ihrer Wirksamkeit oder Nichtigkeit aber muß die Entstehung eines gültigen Arbeitsverhältnisses abhängig sein. Diese Frage beurteilt sich nach Siebert nicht wie beim Arbeitsvertrag nach BGB., die Willenseinigung unterliegt somit nicht den Vorschriften über Willenserklärungen und Verträge[5], sondern sie beurteilt sich in ihrem ganzen Wesen bereits aus der Natur des Arbeitsverhältnisses, auf dessen Bildung sie gerichtet ist. Die Frage hat daher nach Siebert zu lauten, ob dieser oder jener Umstand die Entstehung eines Gemeinschaftsverhältnisses zu hindern vermöge, und erst danach sei die Entscheidung darüber zu treffen, ob die Willenseinigung zu einem gültigen Arbeitsverhältnis führen könne[6]. Wenn dabei Bestimmungen des bürgerlichen Rechts angewendet werden, dann nicht darum, weil sie im BGB. stehen, sondern weil sie geeignet sind, die Entstehung eines Gemeinschaftsverhältnisses zu hindern[7].

Ob jedoch nach Siebert die erforderliche „Willenseinigung" in den vor der Einordnung getroffenen Abmachungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann (dem früheren Arbeitsvertrag) gesehen werden darf, oder ob die Willenseinigung im Augenblick der Einordnung allein maßgebend ist, bleibt unklar.

Siebert selbst bezeichnet diese Abmachungen als „Vorvertrag"[8], der auf die Eingliederung zu einem bestimmten Zeitpunkt gerichtet ist. Die arbeitsrechtlichen Vereinbarungen, die in diesem Vorvertrag enthalten sind, sollen dagegen das spätere Arbeitsverhältnis „gestalten" und „modifizieren". Sie sind „zusätzliche" Vereinbarungen, die einen selbständigen Verpflichtungsgrund nicht enthalten. Unterbleibt die Einordnung, etwa weil der Unternehmer sich weigert, den Angestellten einzugliedern, so bleiben die zusätzlichen Vereinbarungen, eben weil sie zusätzlich sind, unbeachtlich, aus dem Vorvertrag entstehen jedoch Schadensersatzansprüche, niemals dagegen vertragliche Lohnansprüche. Inhalt der Verpflichtung des Unternehmers aus dem Vorvertrag ist demnach allein die Pflicht zur Einordnung in den Betrieb. Unterbleibt diese, so entstehen lediglich Schadensersatzansprüche. Ein Anspruch auf Erfüllung oder Lohnzahlung ist ausgeschlossen.

---

[5] Diese Entscheidung wird allerdings, soweit sie de lege lata Geltung haben soll, bei Siebert in seinen jüngsten Arbeiten wieder unklar. Siehe Siebert, DRWiss. 1936/222 . . . „zum mindesten de lege feranda".

[6] so: Dt. Recht 35/184, Arbeitsverhältnis, S. 66; auch Denecke, Dt.Arb.R. 34/22.

[7] vgl. Siebert, S. 66 ff., wo Begriffe wie mangelnde Geschäftsfähigkeit etc. verwendet werden.

[8] Siebert, ZdAkademie 36/94.

Sind die oben geschilderten Voraussetzungen („wirksame Willenseinigung" und „Einweisung in den Arbeitsplatz") erfüllt, so entsteht ein gültiges Arbeitsverhältnis, das von den Bestimmungen der BO. und TO. voll erfaßt wird.

2. Stellungnahme.

a) in der Literatur.

Die Siebertsche Lehre hat in der arbeitsrechtlichen Literatur eine heftige Diskussion entfesselt. Teils fanden die von Siebert entwickelten Gedanken begeisterte Zustimmung, teils stießen sie aber auch auf starke Gegnerschaft. Als einer der ersten hat sich zu Anfang Mansfeld[9] zu Siebert bekannt. Mansfeld erkannte mit Siebert an, daß nicht der Geschäftswille der Parteien letztlich entscheidend für die Rechtswirkungen des Arbeitsverhältnisses sei, sondern die Zugehörigkeit zu einer konkreten Gemeinschaft. Daß er, im Gegensatz zu Siebert, die zur Einordnung erforderliche Willensübereinstimmung als „Arbeitsvertrag" bezeichnete, war keine grundsätzliche Abweichung; dies umso weniger, als Mansfeld bezüglich der von Siebert aufgestellten Voraussetzungen dieser Willenseinigung (vor allem in der Frage der „Arbeitsmündigkeit") durchaus der Siebertschen Lehre beitrat[10]. Allerdings nahm Mansfeld in der Frage des „Vorvertrages" einen grundsätzlich anderen Standpunkt ein. Vor allem führte er die rechtliche Trennung zwischen Vorvertrag und Arbeitsverhältnis durch und zwar mit dem Ergebnis, daß er für die Entstehung des Arbeitsverhältnisses allein die Willenseinigung bei der Einordnung für maßgebend erklärte. Der Vorvertrag hatte damit im Gegensatz zu Siebert einen vorwiegend schuldrechtlichen Charakter gewonnen. Dagegen blieben auch hier die Fragen bezüglich der zusätzlichen Vereinbarungen dunkel.

In neuester Zeit hat dann Rhode[11] in den Streit der Meinungen klärend eingegriffen, indem er zwar in der Frage des Arbeitsverhältnisses Siebert zustimmt, jedoch im Gegensatz zu Siebert wie zu Mansfeld, die von Siebert als Vorvertrag bezeichneten Abmachungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann als selbständigen, neben dem später begründeten Arbeitsverhältnis bestehenden Verpflichtungsgrund kennzeichnet. Der Arbeitsvertrag soll daher nach Rhode neben dem Arbeitsverhältnis hergehen, und, so lange das Arbeitsverhältnis und seine Rechtswirkungen sich mit den vertraglichen Abreden decken, unbeachtlich bleiben. Der Arbeitsvertrag wird „überdeckt"[12]. Sobald jedoch die aus dem Arbeitsverhältnis sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen hinter den

---

[9] Mansfeld, ZdAkademie 35/906 ff. JW. 36/481 ff.
[10] Mansfeld, JW. 36/484.
[11] Rhode ZdAkademie 36/371 ff.
[12] ZdAkademie 36/374.

vertraglich vereinbarten zurückbleiben, taucht der Vertrag als selbständiger Verpflichtungsgrund wieder auf und gibt dem Gefolgsmann einen vertraglichen, klagbaren Anspruch auf die vereinbarte, vermögensrechtliche Leistung.

Bezüglich der anläßlich der Einordnung zu fordernden Willensübereinstimmung verlangt Rhode einen rechtsgeschäftlichen Willen, und zwar in der durchaus richtigen Erwägung, daß de lege lata unsere gesamte Rechtsordnung auf der Grundlage der Rechtserheblichkeit von Willenserklärungen aufgebaut ist[13].

Die Theorien um das Arbeitsverhältnis sind jedoch nicht ohne Gegnerschaft geblieben. Die erste Kritik an der Siebertschen Lehre kam aus dem eigenen Lager, indem Mansfeld in einer längeren Monographie über den Arbeitsvertrag[14] seinen früheren Standpunkt wieder aufgab. Er hat sich nunmehr auf die Forderungen der Praxis besonnen und darauf hin an Hand einer ganzen Reihe von praktischen Fällen der Siebertschen Lehre Unzulänglichkeiten nachgewiesen, die er durch seine neue Lösung des Problems zu vermeiden sucht.

Hauptangriffspunkt bildet dabei für Mansfeld die „Lehre vom Vorvertrag" und die damit verbundene Unmöglichkeit, dem nicht eingeordneten Angestellten einen Lohnanspruch zuzuerkennen. Diese Mängel will Mansfeld dadurch beheben, daß er das Arbeitsverhältnis schon mit Abschluß des Arbeitsvertrages, (d. h. der Abmachung, daß an einem späteren Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll) entstehen läßt. Während er also bezüglich der Wirkungen des Arbeitsverhältnisses bei seiner früheren Ansicht beharrt, setzt er als Entstehungstatbestand an die Stelle der Einordnung wieder den Arbeitsvertrag, d. h. die auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses gerichtete, übereinstimmende Willenskundgebung. Dieser Arbeitsvertrag unterliegt de lege lata den Voraussetzungen des BGB., wenn auch de lege ferenda eine selbständige Regelung geboten erscheint.

Damit hat sich Mansfeld der herrschenden Lehre, von der er ausgegangen ist, praktisch wieder weitgehend genähert. Auch das „Beschäftigungsverhältnis" in seiner früheren Bedeutung ist wieder da, das gewisse öffentlich-rechtliche Wirkungen äußert und für das de lege ferenda mit der Formel „Jede Arbeit ist ihres Lohnes wert", eine Regelung geschaffen werden muß.

Auch die grundsätzliche Scheidung in einen individuellen Teil, das „einzelne Arbeitsverhältnis" (das sind die Beziehungen Unternehmer – Gefolgsmann) und einen gemeinschafts-rechtlichen Teil (in dem sich die Beziehungen Unternehmer — Gefolgschaft und Gefolgsmann zu Gefolgsmann regeln) ist wieder angedeutet.

Für die Frage der BO. und TO., die von Mansfeld nicht besonders behandelt ist, würde das bedeuten, daß beide Institute, da sie

[13] ZdAkademie 36/375.
[14] Mansfeld, Dt.Arb.R. 36/118 ff.

ein gültiges Arbeitsverhältnis voraussetzen, schon mit Abschluß des Arbeitsvertrages dieses Verhältnis ergreifen. (Dabei wird vorausgesetzt, daß Mansfeld insoweit bei seiner früheren Ansicht geblieben ist). Praktisch auswirken können BO. und TO. sich jedoch erst dann, wenn das Arbeitsverhältnis in den existentiellen Zustand der Zusammenarbeit in der Betriebsgemeinschaft getreten ist. Soweit allerdings arbeitsrechtliche Rechte und Pflichten bereits vor der Einordnung begründet werden, müssen sie nach dieser Ansicht insoweit auch unter der Wirkung der Normen von BO. und TO. stehen, sodaß also in dem Falle, daß der Unternehmer den Gefolgsmann bereits für die Zeit vor der Eingliederung entlohnen soll, die Lohnhöhe in ihrer unteren Grenze durch die Sätze der für den Betrieb des Unternehmers geltenden BO. oder TO. gebunden ist.

Praktischen Schwierigkeiten begegnet diese Lehre allerdings, wenn das „Arbeitsverhältnis" bei Vertragsschluß noch nicht präzisiert genug ist, um die Unterordnung unter eine bestimmte TO. oder BO. zu gestatten, etwa in dem Falle, daß der Unternehmer die Auswahl unter mehreren, ihm gehörigen Betrieben sich vorbehält. Dann kann naturgemäß das Arbeitsverhältnis erst dann der BO. unterfallen, wenn es sich genügend konkretisiert hat. Bis zu diesem Zeitpunkt wären Unternehmer und Gefolgsmann in ihren Abreden an den Inhalt einer BO. nicht gebunden. Die besondere Bedeutung dieser Entscheidung wird noch an anderer Stelle zu erwähnen sein.

b) Kritik.

Schon diese Ausführungen haben gezeigt, daß die Siebertsche Lehre nicht die ideale Lösung des Problems darstellt, daß sie vor allem Fragen offenläßt, deren Klärung und Beantwortung unumgänglich ist.

Das wichtigste Verdienst der Siebertschen Lehre ist es, mit der Ansicht aufgeräumt zu haben, daß das Arbeitsverhältnis ein Vertragsverhältnis sei, dessen Rechtswirkungen sich durch Auslegung aus dem Arbeitsvertrag erklären ließen. Darüber hinaus aber bietet die Siebertsche Lehre Angriffspunkte, die nicht zu übersehen sind.

Da Siebert die Anwendbarkeit von BO. und TO. von dem Vorliegen eines gültigen Arbeitsverhältnisses abhängig macht, so interessieren in diesem Zusammenhang vor allem die Fragen, die mit der Begründung und den Elementen des Arbeitsverhältnisses zusammenhängen, also insbesondere die Willenseinigung und ihre rechtlichen Voraussetzungen.

Dabei ist zunächst festzustellen, daß eine Lösung der Willenserklärungen aus dem Rahmen des BGB., wie Siebert sie de lege lata durchführen will, das einheitliche Gebäude unserer gesamten Rechtsordnung sprengen müßte. Wie sollen etwa die Vorschriften

über elterliche Gewalt mit der Tatsache zu vereinbaren sein, daß nach Siebert jeder Minderjährige unter gewissen Voraussetzungen ein gültiges Arbeitsverhältnis begründen kann, das ihn rechtlich verpflichtet und bindet? Es kann, so lange das bürgerliche Recht und nur dieses, für die Wirksamkeit oder Nichtwirksamkeit von Willenserklärungen bindende Vorschriften enthält, von dem Erfordernis des rechtsgeschäftlichen Willens nicht abgesehen werden. Solange man von „Willenserklärungen" und „Willenseinigung" redet, so lange muß man auch die Bestimmungen, die das BGB. über Willensäußerungen aufgestellt hat, als verbindlich anerkennen[15]. Eine andere Frage ist es allerdings, ob und inwieweit der Gesetzgeber de lege ferenda eine andere Regelung der rechtlichen Voraussetzungen treffen könnte, die diese Fragen berücksichtigt. Die hier gemachten Ausführungen gelten lediglich de lege lata.

Es muß aber eine „rechtsgeschäftliche" Willenseinigung zur Begründung des Arbeitsverhältnisses auch de lege ferenda vor allem darum gefordert werden, weil es sich in den weitaus meisten Fällen nicht nur um die Begründung des Arbeitsverhältnisses handelt, sondern weil unter beiden Parteien auch materielle Arbeitsbedingungen vereinbart werden, die in das Arbeitsverhältnis eingehen, und zu deren Vereinbarung ein bestimmtes Maß von Einsichtsfähigkeit erforderlich ist. Dieses Maß ist aber gesetzlich nach Altersgrenzen festgelegt. Daß diese Einteilung starr ist und daher in einzelnen Fällen zu falschen Ergebnissen führt, ist zuzugeben, aber bei einer schematischen Festlegung, wie sie im Interesse der Einfachheit erforderlich ist, nicht zu vermeiden[16]. Ob allerdings der Gesetzgeber dieses System in ein neu zu gestaltendes Arbeitsrecht übernimmt, oder ob er durch positive Bestimmungen die Willenserklärungen des Arbeitsrechts aus dem Rahmen des BGB löst und einen anders gearteten, besonderen „Arbeitsrechtswillen" schafft, ist eine andere, hier nicht zu erörternde Frage. Festzuhalten ist aber auch dann an dem Erfordernis des „rechtsgeschäftlichen" Willens, d. h. eines Willens, der in bestimmter Form den Grundsätzen der rechtlichen Erheblichkeit einer menschlichen Erklärung Rechnung trägt und sie an rechtliche Voraussetzungen knüpft.

Man wird daher auch de lege ferenda nicht auf eine „rechtsgeschäftliche" Willensvereinbarung zur Begründung des Arbeitsverhältnisses verzichten können[17].

Ebensowenig kann die Ansicht vom „Vorvertrag", der das Arbeitsverhältnis „gestaltet", befriedigen.

---

[15] Das gibt Siebert, Dt.Arb.R. 35/98, selbst noch zu.

[16] Siebert hat auf die Bedenken gegen diese Lehre im Dt. Recht 1935, 484 selbst hingewiesen.

[17] Müllereisert wirft Siebert in der Frage der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses vor „daß Rechtsdogmatik und Rechtspolitik nicht genügend auseinandergehalten werden". Ein Vorwurf, der bezüglich der Frage der Loslösung der Willenseinigung aus dem Rahmen des BGB. vielleicht nicht ganz unberechtigt ist. (Dt. Arb. R. 36/97).

Die Schwierigkeiten in der Beurteilung der Willenseinigung ergeben sich vor allem aus der Tatsache, daß vor der Einigung über die Einordnung in den Betrieb in vielen Fällen Abmachungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann getroffen werden, in denen Zeitpunkt der Einstellung und u. U. auch die Modalitäten des zu begründenden Arbeitsverhältnisses geregelt sind. Siebert bezeichnet diese Abmachungen als Vorvertrag, die in diesen enthaltenen Abmachungen über die Arbeitsbedingungen jedoch als „zusätzliche Vereinbarungen", die das Arbeitsverhältnis gestalten, und daher keine rechtsbegründende, sondern lediglich modifizierte Wirkung haben. Nun folgt aber schon aus dem Begriff des Vor„vertrages", daß dieser sehr wohl verpflichtenden Charakter hat, was auch Siebert selbst dadurch zugibt, daß er aus der Nichterfüllung der Einordnungspflicht Schadensersatzansprüche erwachsen läßt.

Andererseits erkennt Siebert aber auch an, daß die in diesen Abmachungen enthaltene Willenseinigung mit der späteren Einordnung eine Wesenseinheit bildet, daß also keine „mehrmalige, übereinstimmende Erklärung" notwendig sei. Das kann jedoch offensichtlich nur insoweit Gültigkeit haben, als nicht bei der Einordnung selbst ein Hinderungsgrund für die Entstehung eines Gemeinschaftsverhältnisses überhaupt besteht.

Vor allem aber betont Siebert die Einheit dieser Abmachungen mit dem späteren Arbeitsverhältnis und hebt in diesem Zusammenhang hervor, daß sie keinen selbständigen, neben dem Arbeitsverhältnis bestehenden Verpflichtungsgrund bilden. Unter diesen Voraussetzungen aber ist der Ausdruck „Vorvertrag", wenig glücklich, da mit diesem Begriff die Vorstellung rechtlicher Selbständigkeit, insbesondere auch gegenüber dem späteren „Hauptvertrag" verknüpft ist. Diese rechtliche Selbständigkeit aber lehnt Siebert selbst bezüglich der zusätzlichen Vereinbarungen ausdrücklich ab. Er betont darüber hinaus sogar die Einheit der gesamten Abmachungen mit der Einordnung und dem zu begründenden Arbeitsverhältnis. Wären diese Abmachungen ein „Vorvertrag", so müßten sich die rechtlichen Voraussetzungen der Einordnung (Hauptvertrag) allein nach der im Augenblick der Einordnung vorhandenen Rechtssituation beurteilen. Das aber lehnt Siebert selbst ab. Dazu kommt, daß nach Siebert die Modalitäten in das Arbeitsverhältnis eingehen, weil sie im Vorvertrag vereinbart sind. Wie aber, wenn trotz dieser Vorvereinbarung durch die Einordnung selbst eine ganz andere Gliedschaftsstellung erlangt wird? Sollen dann die Abreden des Vorvertrages das Arbeitsverhältnis entgegen der durch die Einordnung tatsächlich erlangten Stellung im Betriebe gestalten können? Soll der Inhalt des Arbeitsvertrages dem Inhalt des bei der Eingliederung Gewollten und Erklärten vorgehen[18]?

Es geht ferner nicht an, die Vereinbarung, daß am bestimmten Tage durch Einordnung ein Arbeitsverhältnis geschaffen werden

[18] S. dazu neuestens: Rhode, ZdAkademie 37/906.

soll, als „Vorvertrag" zu bezeichnen, dagegen die in der gleichen Vereinbarung enthaltenen Abmachungen über Arbeitsbedingungen als zusätzliche Vereinbarungen ohne selbständigen Verpflichtungscharakter, die damit, wenn die Eingliederung unterbleibt, weil zusätzlich, unbeachtlich bleiben müssen. Das geht vor allem dann nicht, wenn man, wie Siebert es tut, beides als Einheit betrachtet[19]. Das maßgebende Argument gegen diese Lehre aber ist die Unmöglichkeit, das „Eingehen" der vorvertraglichen Vereinbarungen, über die Arbeitsbedingungen ausreichend zu erklären, sowie ihre völlige positiv-vertragliche Irrelevanz in dem Fall, daß der Unternehmer sich weigert, den Gefolgsmann in den Betrieb einzuordnen.

Es sind somit die mit diesem Problem zusammenhängenden Fragen bei Siebert noch wenig geklärt. Es soll daher an anderer Stelle dieser Arbeit der Versuch gemacht werden, die Zusammenhänge von „Vorvertrag" und „Arbeitsverhältnis" zu klären, da von der Entscheidung dieser Frage auch die Entscheidung über das Arbeitsverhältnis und seine Rechtswirksamkeit abhängig ist.

Schon aus diesen Erwägungen, die das hier zu erörternde Problem unmittelbar berühren, geht hervor, daß auch die Sieberts'che Lehre, zum mindesten in der Frage der Gültigkeit und Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses, nicht voll zu befriedigen vermag.

3. Ergebnis.

Die Lehre vom „Arbeitsverhältnis" hat das gesamte deutsche Arbeitsrecht auf eine neue Grundlage gestellt. Das ist ihr unbestreitbares Verdienst. Sie hat an die Stelle des Arbeitsvertragsverhältnisses das Arbeitsverhältnis gestellt und von diesem, als dem Zentralpunkt des Arbeitsrechts, alle arbeitsrechtlichen Beziehungen abhängig gemacht. Damit hat sie auch die Frage nach den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. bereits dahingehend beantwortet, daß einzige Anwendbarkeitsvoraussetzung das „gültige" Arbeitsverhältnis ist. Die Kritik an dieser Lehre aber hat gerade bei der Frage der Gültigkeit einzusetzen. Sie hat dazu geführt, die Voraussetzungen für die Entstehung des gültigen Arbeitsverhältnisses teils als falsch, teils als unzureichend geklärt, zu erkennen, sodaß die Ergebnisse dieser Lehre nicht in allen Punkten befriedigten.

Es soll daher im Folgenden versucht werden, eine Lösung und Klärung dieser Zweifelsfragen zu erreichen, wobei allerdings in wesentlichen Punkten an dem Ergebnis der Sieberts'chen Lehre nicht vorübergegangen werden darf.

---

[19] Gegen die Lehre vom „Vorvertrag" neuerdings auch Mansfeld, Dt. Arb. R. 36/118 ff. und Rhode, ZdAkademie 36/371.

VI. Die wirklichen Voraussetzungen.

1. Die Rechtsnatur der BO. und TO.

Es bleibt also auch nach den bisherigen Erörterungen die Frage offen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die BO. und TO. auf das Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann Anwendung finden können.

Aus der Rechtsnatur der BO. als autonomer Satzung und der TO. als Rechtsverordnung kann die Entscheidung dieser Frage nicht getroffen werden, denn aus dieser Rechtsnatur läßt sich wohl darauf schließen, wie beide wirken, nicht aber, auf wen sie wirken. Beide Rechtsinstitute benötigen somit einen Anknüpfungspunkt, einen Tatbestand, den sie zu ihrer Anwendbarkeit voraussetzen.

2. Die Terminologie des Gesetzes.

Ebensowenig wie aus der Rechtsnatur der BO. und TO. kann aber eine Entscheidung der Frage aus einer Interpretation der Terminologie des Gesetzes erfolgen. Das ist zwar, wie wir gesehen haben, verschiedentlich versucht, mit dem Erfolg, daß man das Gesetz für die verschiedensten Theorien in Anspruch genommen hat. Nikisch und Joerges folgerten aus den Ausdrücken: „Für die Betriebsangehörigen" im § 30 AOG. und „Arbeitsverhältnis" im § 32 AOG., daß das AOG. selbst von der Zugehörigkeit zum Betriebe ausgehe, wobei beide allerdings unter „Zugehörigkeit zum Betriebe" entsprechend ihrer Grundeinstellung noch etwas Verschiedenes verstanden.

Dersch argumentiert aus der „offensichtlichen Gleichstellung von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis" im § 27 AOG., daß das Gesetz vom Arbeitsvertrag als der naturgegebenen Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigtem ausgeht. Und die herrschende Lehre folgert endlich aus den gleichen Bestimmungen, „daß mit dem Arbeitsverhältnis des § 32 keineswegs ein tatsächliches Beschäftigungsverhältnis, sondern das durch Arbeitsvertrag entstehende, rechtswirksame Arbeitsverhältnis gemeint ist"[1].

Schon aus diesen Ausführungen ergibt sich, auf welch schwachen Füßen jedes Argument in diesen Fragen steht, das sich auf die Terminologie des Gesetzes beruft.

Tatsächlich ist auch der Begriff des „Arbeitsverhältnisses", wie er in § 32 AOG. gebraucht ist, derart vieldeutig (Siebert unterscheidet in Anlehnung an Hueck vier Arten des Arbeitsverhältnisses)[2], daß eine Berufung auf dieses Argument wenig Überzeugungskraft in sich birgt.

---

[1] Hueck-Nipperdey-Dietz, Vorbem. 1 vor § 26.
[2] Hueck-Nipperdey, I, S. 98; Siebert, a.a.O., S. 31.

Ebensowenig läßt sich aus den Bestimmungen über die BO. eine Antwort auf die Frage nach den Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit entnehmen. Die Vorschrift des § 26 AOG., wonach die BO. „für die Gefolgschaft des Betriebes" zu erlassen ist, schafft jedenfalls keine Klarheit, da nicht nur zweifelhaft ist, wer denn nun zur „Gefolgschaft" gehört, sondern auch jede eindeutige Stellungnahme zur Frage der Wirksamkeit der BO. fehlt.

Dagegen könnte eine Bezugnahme auf die Bestimmung des § 30 AOG., wonach die Bestimmungen der BO. für „die Betriebsangehörigen" als Mindestbedingungen rechtsverbindlich sind, von Bedeutung für die Entscheidung des Problems sein. Denn diese Bestimmung scheint darauf hinzuweisen, daß die „Betriebszugehörigkeit" für die Anwendbarkeit der BO. maßgebend sein solle. Es würde dann diese Bestimmung die Lehre von Nikisch stützen, der sich auch tatsächlich hierauf beruft[3].

Demgegenüber ist jedoch zu betonen, daß man als „Betriebsangehörigen", wie es die herrschende Lehre auch tut[4], ebenso gut nur den vertraglich Beschäftigten ansehen kann, da nur dieser in einem wirklichen, rechtsbeständigen Verhältnis zum Betriebe steht.

Es hat sich somit gezeigt, daß das AOG. selbst eine Antwort auf die gestellten Fragen nicht gegeben hat, und daß es daher Aufgabe der suchenden Wissenschaft sein muß, die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts aufzudecken, um aus ihnen die Antwort auf die aktuellen Fragen der arbeitsrechtlichen Dogmatik zu finden.

Die Antwort auf die Frage nach den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. aber muß mit Siebert und seinen Anhängern grundsätzlich lauten: Ein gültiges Arbeitsverhältnis.

Denn wollen wir das Arbeitsrecht des neuen Deutschland nach nationalsozialistischen Gemeinschaftsgrundsätzen ausrichten, so kann es nur auf dem Wege geschehen, den Siebert vorgezeichnet hat, auf dem Wege über das Arbeitsverhältnis als personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis. Erkennen wir dieses Arbeitsverhältnis als Grundlage des heutigen Arbeitsrechts an, so haben wir damit einen einheitlichen Tatbestand gefunden, auf dem alle arbeitsrechtlichen Beziehungen beruhen.

Der Begriff „gültiges Arbeitsverhältnis" muß nunmehr im folgenden eingehend erläutert werden, um ein klares Bild über die praktische Bedeutung dieser Antwort zu erhalten, wobei insbesondere in diesem Rahmen die Frage nach Gültigkeit und Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden sein wird.

---

[3] Nikisch, a.a.O., S. 48.

[4] Mansfeld-Pohl, S. 85; Hueck-Nipperdey-Dietz, § 1, Anm. 17 ff.

3. Das gültige Arbeitsverhältnis.

Zunächst ist darzulegen, auf Grund welcher Vorgänge das Arbeitsverhältnis zur Entstehung gelangt.

Das frühere Arbeitsverhältnis war ein Arbeitsvertragsverhältnis. Seine Entstehung war somit vom Abschluß eines rechtswirksamen Arbeitsvertrages abhängig. Das heutige Arbeitsverhältnis aber ist ein Gemeinschaftsverhältnis, es gründet sich auf die Betriebsgemeinschaft. Es muß daher die Zugehörigkeit zu dieser Gemeinschaft auch ausschlaggebend dafür sein, daß ein Arbeitsverhältnis entsteht. Mitglied dieser Gemeinschaft aber wird man dadurch, daß man in sie „eingeordnet" wird, dadurch, daß durch einen äußeren Akt zum Ausdruck kommt, daß der Arbeitsgehilfe nunmehr in die Gemeinschaft der Schaffenden des Betriebes aufgenommen werden soll. Dieser Akt muß den Arbeitsgehilfen in eine gewisse räumliche Beziehung zum Betrieb und zu der in ihm tätigen Betriebsgemeinschaft bringen, da nur so der Zweck, Aufnahme in die Gemeinschaft, erreicht und deutlich gemacht werden kann.

Diesen Akt der Aufnahme in die Betriebsgemeinschaft bezeichnen wir als „Einordnung in den Betrieb". Durch sie wird die Betriebszugehörigkeit, aber auch das Gemeinschaftsverhältnis und damit das Arbeitsverhältnis begründet.

Der wesentliche Akt für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist demnach die Einordnung in die Betriebsgemeinschaft. Dadurch, daß der Arbeiter in den Betrieb des Unternehmers gestellt wird, ist er in die konkrete Gemeinschaft der Schaffenden dieses Betriebes eingeordnet. Er ist ein Glied der Gemeinschaft geworden und hat damit die Stellung als Gefolgsmann erlangt, an die das Arbeitsrecht, und insbesondere das AOG., seine Rechtsfolgen knüpfen will. Darüber besteht im allgemeinen Klarheit.

Die Einordnung als solche enthält nun zunächst einen tatsächlichen Akt. Es ist dies die obenerwähnte räumliche Zusammenführung von Arbeiter und Betrieb, es ist der Akt, durch den die Aufnahme in die Arbeitsgemeinschaft äußerlich vollzogen wird. Zweifel über Gültigkeit oder Nichtigkeit dieses Aktes kann es dabei nicht geben, denn entweder ist die Eingliederung in den Betrieb erfolgt, oder sie ist es nicht.

Es genügt aber diese nur tatsächlich erfolgte Eingliederung in den Betrieb nicht zur Begründung eines wirksamen Arbeitsverhältnisses. Der tatsächliche Vorgang der Einordnung muß vielmehr begleitet sein von einem willensmäßigen Akt auf Seiten der Beteiligten, der in den Erklärungen der Parteien seinen Ausdruck findet.

Wenn oben gesagt wurde, daß die Eingliederung der Akt sei, durch den die Aufnahme in die Arbeitsgemeinschaft äußerlich vollzogen wird, so ist dies nicht erschöpfend: sie ist gleichfalls der Akt, durch den sich der Wille zur Begründung des Arbeitsverhältnisses offenbart.

Schon der Begriff der „Eingliederung" setzt logisch eine gewisse Willenstätigkeit der Beteiligten voraus. Wenn der Unternehmer den Gefolgsmann eingliedert, so erklärt er damit auch, daß er ihn nunmehr in die Gemeinschaft der Schaffenden seines Betiebes aufnehmen w i l l, sein Wille ist also in einer ganz bestimmten Weise auf die Aufnahme in den Betrieb und den damit verbundenen Beginn des Arbeitsverhältnisses gerichtet und wird dementsprechend auch ausdrücklich oder stillschweigend kundgetan.

Ebenso aber ist es auf Seiten des Gefolgsmannes. Sein Wille ist gleichfalls von der Vorstellung der Eingliederung beherrscht, er will das Arbeitsverhältnis nunmehr beginnen, will „seinen Posten antreten". Und diesen Willen gibt er durch sein Verhalten unzweideutig kund.

Da nunmehr die Einordnung als solche, wie oben dargelegt ist, ein tatsächlicher Vorgang ist, an den rechtliche Folgen des Arbeitsrechts unbedenklich nicht geknüpft werden können, so muß als Teil dieser Einordnung in tatsächlicher Hinsicht, als Gegenstück gleichsam, ein willensmäßiger Vorgang erfolgen. Es genügt nicht, daß der Unternehmer den Gefolgsmann tatsächlich in seinen Betrieb stellt, ganz gleich, was dieser Einordnung zugrunde liegt; denn wäre das der Fall, so würde auch der kraft Fürsorgepflicht oder Familienrechts in den Betrieb Eingeordnete und in ihm Tätige in einem Arbeitsverhältnis stehen, was nach übereinstimmender Lehre nicht der Fall ist.

Es gehört vielmehr zur Begründung eines wirksamen Arbeitsverhältnisses außer der tatsächlichen Einstellung in den Betrieb der übereinstimmend erklärte Wille beider Parteien, daß sie untereinander ein „Arbeitsverhältnis" begründen wollen, daß sie zueinander in das Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann treten wollen mit der Wirkung, daß der Arbeiter auf Grund seines freien Willensentschlusses für den Unternehmer abhängige Arbeit zu leisten verpflichtet ist.

Bei dieser willensmäßigen Seite der Eingliederung, bei der „Willenseinigung", aber setzen sofort die Streitfragen ein.

Die wesentlichste Frage lautet dabei, welcher Art die Willenseinigung, die zur Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, sein müsse, insbesondere, von welchen rechtlichen Voraussetzungen sie abhängig zu machen sei.

Da es sich bei der Willenseinigung um zwei ineinandergreifende Willenserklärungen handelt, so war es fraglich, in welchem Umfange die Vorschriften des BGB. über Willenserklärungen auf die Willenseinigung anzuwenden seien, insbesondere aber, ob für die Einigung ein natürlicher Wille ausreicht, oder ob ein Rechtswille bei beiden Teilen zu verlangen ist?

Die Frage sollte durch die Tatsache, daß es sich um „Willenserklärungen" handelt, eigentlich entschieden sein. Da es sich um eine Erklärung handelt, die in Verbindung mit dem tatsächlichen Akt

zwischen beiden Parteien ein rechtliches Band knüpfen soll, durch die ein Rechtsverhältnis geschaffen werden soll, so müssen auch die Voraussetzungen erfüllt sein, die das Gesetz an derartige Erklärungen stellt.

Überall aber, wo Menschen ihren Willen in rechtlich verbindlicher Form kundzugeben haben, da bestimmt es sich nach BGB., welche Anforderungen und Voraussetzungen an den Willen der beteiligten Personen in rechtlicher Beziehung zu stellen sind. Das bedeutet, daß die Vorschriften des BGB. über Willenserklärungen und vor allem über Geschäftsfähigkeit auf die zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses erforderliche Willenseinigung in vollem Umfange Anwendung finden müssen[4a]. Es muß daher, damit eine gültige Einigung gegeben ist, von beiden Teilen ein rechtsgeschäftlicher Wille zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses kundgegeben sein.

Nun ist aber die Einigung, wie sie im Vorstehenden charakterisiert ist, eine Form ohne Inhalt, d. h. sie besteht einzig und allein in der Kundgabe des Willens, ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Eine derartige Willenseinigung wird aber in der Praxis niemals vorkommen. Denn die Parteien des Arbeitsverhältnisses wollen ja nicht irgendein Arbeitsverhältnis begründen, sondern sie wollen das Arbeitsverhältnis begründen, das in ihren Abmachungen genau festgelegt ist. M. a. W. die Einigung, die bei der Einordnung selbst vorliegt, ist keine leere Form, sondern eine „konkrete" Einigung, eine Einigung mit konkretem Inhalt, die erst dem Arbeitsverhältnis sein individuelles Gepräge gibt. Es soll damit gekennzeichnet werden, daß die Einigung über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses keinen konkreten Inhalt hat, daß sie in dieser Form nicht ein bestimmtes Arbeitsverhältnis zum Gegenstande haben würde, sondern für Arbeitsverhältnisse jeder Art passen würde. Sie wäre dann also eine bloße Form, ein Rahmen, der generell für alle nur denkbaren Arbeitsverhältnisse passen würde, der aber den Umständen des einzelnen konkreten Arbeitsverhältnisses nicht angepaßt wäre. Aus der Einigungserklärung in dieser Form würde somit ein Rückschluß auf die Art des von Unternehmer und Gefolgsmann gewollten Arbeitsverhältnisses nicht gezogen werden können.

Wollte man das annehmen und dabei gleichzeitig der Ansicht sein, daß die Abreden der Parteien das Arbeitsverhältnis gestalten und nicht nur neben dem Arbeitsverhältnis bestehen, so muß man zwangsläufig dazu kommen, zu behaupten, daß die Abreden der Parteien das Arbeitsverhältnis darum gestalten, weil sie im Arbeitsvertrag getroffen sind, eine durchaus unbefriedigende Lösung.

Demgegenüber legt die hier vertretene Ansicht den Schwerpunkt auf die Einigungserklärung. Unabhängig davon, ob und was im Arbeitsvertrag vereinbart ist, wird das Arbeitsverhältnis nach dieser

---

[4a] Zu der Frage, inwieweit das auch de lege ferenda der Fall sein muß, vgl. oben S. 26.

Auffassung nur insoweit inhaltlich gestaltet, als das durch den konkreten Inhalt der Einigungserklärung nachweisbar ist. Die Abreden der Parteien werden daher Inhalt des Arbeitsverhältnisses nur insoweit, als sie Aufnahme in die Einigungserklärung gefunden haben, und sie werden es auch nur darum, weil sie dort Aufnahme gefunden haben, nicht aber, weil sie Inhalt eines Arbeitsvertrages waren. Die Willenserklärung, die die Eingliederung begleitet, ist somit „konkret", d. h. sie hat einen konkreten Inhalt, der Art und Modifikationen des zu begründenden Arbeitsverhältnisses so genau festlegt, wie es Unternehmer und Gefolgsmann wollen. „Konkret" bedeutet also nicht Anhängigkeit von einer Kausalvereinbarung, sondern will besagen, daß die Einigungserklärung einen konkreten, dem gewollten Arbeitsverhältnis entsprechenden Inhalt hat.

Damit aber, daß die gesamten Parteiabreden in die Einigungserklärung aufgenommen werden, sind auch die Mängel des Inhaltes dieser Parteiabreden hineingebracht und beeinflussen die Einigung in ihrem rechtlichen Bestand. Wir haben es also bei der Einigung mit einem vollständigen und selbständigen Rechtsgeschäft eigener Art zu tun, das in keiner Weise von der Wirksamkeit eines Arbeitsvertrages abhängig ist. Wohl aber ist Einigungserklärung nicht unabhängig von den Fehlern und Mängeln, die in ihrem Inhalt liegen. Es genügt zur Wirksamkeit der Einigungserklärung nicht, festzustellen, daß Unternehmer und Gefolgsmann erklärt haben, daß sie miteinander ein Arbeitsverhältnis eingehen wollen, sondern es ist weiter zu prüfen, welcher Art der Inhalt der Einigungserklärung ist. Und wird dabei festgestellt, daß der Inhalt des Arbeitsverhältnisses, auf dessen Begründung die Einigung gerichtet war, einem Gesetz oder den guten Sitten zuwiderläuft, so ist die weitere Frage, welchen Einfluß diese Mängel im Inhalt auf die Wirksamkeit der Einigungserklärung ausüben.

Daß der Gefolgsmann durch die Einordnung nicht in ein „fertig normiertes Arbeitsverhältnis" eintritt, wie Kreller[5] es meint, hat auch Siebert[6] angenommen, indem er die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses durch Parteiabrede zuläßt[7]. Zwar sind in der aus dem Arbeitsverhältnis sich ergebenden Treuepflicht alle rechtlichen Beziehungen gleichsam im Keime schon enthalten, aber diesen Keim zu wecken und ihm eine konkrete Gestalt zu geben, ist Aufgabe der Parteien, die durch ihre Vereinbarungen den Inhalt des Arbeitsverhältnisses in der von ihnen gewollten Weise gestalten können. Der Wille der Parteien, wie er in den Vereinbarungen über die Modalitäten der Arbeit zum Ausdruck kommt, gestaltet also das Arbeitsverhältnis unmittelbar, er gibt dem Arbeitsverhältnis seinen Inhalt und seine konkrete Gestalt.

---

[5] Kreller, ArchZivPr. 122/1 ff., 20.

[6] Siebert, S. 88. Vgl. allerdings S. 86, wo Siebert den von Kreller entwickelten Gedanken weitgehend folgt.

[7] Daß das Gesetz selbst die Parteiabrede als wesentlichen Faktor des Arbeitslebens anerkennt, ergibt sich aus der Bezugnahme auf diese, (so z. B. § 27, Ziff. 6).

Die „Willenseinigung" bestimmt also das Gesicht des Arbeitsverhältnisses. Denn nicht nur der wirkliche Gefolgsmann wird tatsächlich in den Betrieb gestellt, sondern auch alle die, mit denen nach anerkannter Lehre ein Arbeitsverhältnis nicht begründet wird, so vor allem die auf Grund familienrechtlicher Verpflichtung oder Fürsorgepflicht in einem Betriebe Tätigen. Sie alle werden in den Betrieb eingeordnet, dergestalt, daß ihnen in der Betriebsgemeinschaft ein Arbeitsplatz angewiesen wird, und doch soll in den letzten Fällen ein „Arbeitsverhältnis", ein Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann, nicht entstehen.

Die Erklärung für diese Tatsache ist allein in der subjektiven Seite der Einordnung zu sehen. Hier wird das Gesicht des Arbeitsverhältnisses gestaltet, hier wird entschieden, ob jemand Lehrling oder Abteilungsleiter, Volontär oder Arbeiter sein soll. Unternehmer und Gefolgsmann erklären daher bei der Einigung nicht, *ein* Arbeitsverhältnis begründen zu wollen, sondern sie wollen *das* konkrete Arbeitsverhältnis schaffen, das ihnen vorsteht, und dessen Inhalt sie durch Abrede mehr oder weniger genau festgelegt haben.

In die Einigung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist daher der Inhalt der vorher getroffenen Abmachungen vollinhaltlich aufgenommen. War vorher vereinbart, daß der Arbeitsgehilfe Abteilungsleiter sein solle, oder Buchhalter, oder Arbeiter, so wird bei der Einordnung auch erklärt, wir, die Parteien des Arbeitsverhältnisses, wollen nunmehr untereinander in das Verhältnis Unternehmer — Buchhalter oder Unternehmer — Arbeiter treten. Das ist jedoch nur insoweit der Fall und kann auch nur insoweit der Fall sein, als tatsächlich konkrete Abmachungen der Parteien über die einzelnen Punkte des Arbeitsverhältnisses getroffen sind. Denn durch diese Abmachungen wird ja nicht die Verpflichtung der Parteien innerhalb des Arbeitsverhältnisses erst geschaffen, sondern es werden die einzelnen Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses in ihrer einzelnen Ausgestaltung modifiziert. Es liegt in der Einigungserklärung nicht notwendig eine Lohnvereinbarung oder eine Vereinbarung über sonstige arbeitsrechtliche Pflichten, sondern, da sich diese Rechtswirkungen als solche aus dem Arbeitsverhältnis und der aus diesem entspringenden Treuepflicht ergeben, während die Abreden der Parteien im wesentlichen den Grad dieser Rechtswirkungen bestimmen, so enthält die Einigungserklärung den Inhalt der Vereinbarungen, die vor der Einordnung getroffen sind, auch nur insoweit, als in concreto Rechte und Pflichten positiv festgesetzt sind. Nicht aber liegt in der Einigungserklärung die Vereinbarung aller in abstracto sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten oder gar die Vereinbarung der zur Zeit der Eingliederung für den Betrieb des Unternehmers geltenden Arbeitsbedingungen.

Die Willenseinigung, die zur Entstehung des Arbeitsverhältnisses führt, ist also eine konkrete dergestalt, daß der Inhalt aller vorher getroffenen Abmachungen in sie aufgenommen wird. Die rechtliche

Bedeutung dieser Tatsache für die Frage der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses ist unten darzulegen.

Die Entstehung eines gültigen Arbeitsverhältnisses setzt also voraus, daß der Unternehmer den Gefolgsmann in seinen Betrieb „einordnet", d. h. ihn tatsächlich an seinen Arbeitsplatz stellt, wobei beide darüber einig sein müssen, daß ein „Arbeitsverhältnis", d. i. ein Verhältnis: Unternehmer — Gefolgsmann, entstehen soll.

4. Das nichtige Arbeitsverhältnis.

Das Problem des „nichtigen" Arbeitsverhältnisses, das in Wahrheit ein „Nicht-Arbeitsverhältnis" ist, ist durch die vorstehenden Ausführungen in ein neues Licht gerückt. Da die Begründung eines wirksamen Arbeitsverhältnisses Eingliederung und Willenseinigung voraussetzt, andererseits der tatsächliche Vorgang der Einordnung nicht „nichtig" oder „gültig" sein kann, so muß die Entscheidung über Gültigkeit oder Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses allein bei der Willenseinigung liegen. Nur Mängel in der Bildung oder der Kundgabe oder im Inhalt des erforderlichen Willensaktes können daher das Arbeitsverhältnis „nichtig" machen, d. h. können die Entstehung eines wirksamen Arbeitsverhältnisses hindern.

Es sind nun schon im vorstehenden Abschnitt die wesentlichen Forderungen, die an den Willen der Parteien in rechtlicher Beziehung zu stellen sind, dargelegt. Die Willenseinigung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses muß danach von einem rechtsgeschäftlichen Willen beider Teile getragen sein.

Damit ist gleichzeitig auch eine erste Gruppe von Nichtigkeitsgründen festgestellt, die sich aus dem erforderlichen Willen der Parteien ergeben. Fehlen nämlich die an den Parteiwillen zu stellenden rechtlichen Voraussetzungen, so kann trotz erfolgter tatsächlicher Einstellung des Arbeitsgehilfen ein wirksames Arbeitsverhältnis nicht entstehen.

Es fragt sich, welchen Einfluß die Aufnahme des Parteiwillens hinsichtlich der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses auf die Einigung und die damit verknüpfte Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses hat. In welchem Verhältnis steht die Einigung als solche zu der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses durch die Abrede der Parteien („konkret")?

Das mag an einem Beispiel veranschaulicht werden. Der Unternehmer U. hat mit dem Arbeiter A. einen Wucherlohn vereinbart; er stellt ihn dann zu diesem Lohn ein, d. h. beide erklären bei der Einordnung, daß sie ein Arbeitsverhältnis begründen wollen, in dem der U verpflichtet sein soll, dem A den vereinbarten Wucherlohn zu zahlen. Hier sind also Willenseinigung als solche und konkrete Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses miteinander verkoppelt, und es fragt sich, wie sich die Verkoppelung auf das Arbeitsverhältnis auswirkt und in welchem Verhältnis Einigung und konkrete Ausgestaltung zueinander stehen.

Daß der Parteiwille, wie er sich in der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses äußert, nicht ganz unerheblich für die Frage der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses ist, dürfte allgemein anerkannt werden. Denn wenn eine arische Hausgehilfin in einen nichtarischen Haushalt eingestellt wird, so ist der Wille beider Parteien auf die Begründung eines Hausgehilfinnen-Arbeitsverhältnisses gerichtet. Da nun ein Arbeitsverhältnis dieser Art zwischen den Parteien durch die sogen. Nürnberger Gesetze[8] verboten ist, so muß auch die Einigung über ein derartiges Arbeitsverhältnis nichtig sein, da sie einem gesetzlichen Verbot zuwiderhandelt. Hier bewirkt die Tatsache, daß der Wille der Beteiligten auf ein gesetzlich verbotenes Arbeitsverhältnis gerichtet war, die Nichtigkeit der Willenseinigung und damit die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses. Die Mangelhaftigkeit des Willensaktes bedeutet Mangelhaftigkeit des Arbeitsverhältnisses, das durch den Willensakt begründet werden soll. Niemals wird man in einem derartigen Falle die Selbständigkeit der Einigung als solche gegenüber dem Parteiwillen als Argument dafür anführen können, daß hier ein Arbeitsverhältnis entgegen dem Willen des Gesetzes entstehen soll[9]. Zu dem gleichen Ergebnis wird man auch in dem Falle verbotener Frauenarbeit kommen müssen. Logisch bestehen im ersten Fall an sich zwei Möglichkeiten, ein wirksames Arbeitsverhältnis anzunehmen. Entweder man kommt, wie eben gezeigt, dazu, ein Hausgehilfinnenverhältnis trotz dem gesetzlichen Verbot zur Entstehung kommen zu lassen, oder aber man folgert aus der Einigung als bloßer Form, daß irgend ein Arbeitsverhältnis entstehen müsse, daß also, da das gewollte verboten ist, ein anderes entgegen dem Willen der Parteien entsteht. Beide Möglichkeiten sind praktisch gleich abwegig und undurchführbar.

Man muß daher zu dem Ergebnis kommen, daß der Parteiwille, der sich in der konkreten Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses äußert, doch von Einfluß auf die Wirksamkeit des Arbeitsverhältnisses ist. In welchem Umfange das der Fall ist, wird unten gezeigt werden.

Da nämlich der Wille der Parteien erst das Gesicht des Arbeitsverhältnisses bestimmt, so ergibt sich in vielen Fällen erst aus dem Parteiwillen, daß ein verbotenes Arbeitsverhältnis geschlossen werden soll. Da die Parteien es in der Hand haben, welche Art Arbeitsverhältnis sie begründen wollen, und es sich erst aus diesem Willen ergibt, welches Arbeitsverhältnis entsteht, so muß auch der Inhalt des Willens der Parteien von Einfluß auf die „Einigung" und damit auf die Entstehung eines wirksamen Arbeitsverhältnisses sein.

Um nun in die verschiedenartigen Nichtigkeitsgründe ein System zu bringen, wird man zwei Gruppen unterscheiden müssen, von denen die eine die Gültigkeit des Arbeitsverhältnisses nicht berührt, während die andere zur Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses führen muß.

---

[8] Gesetz vom 15. Sept. 1935, RGBl. I, 1146.

[9] Zutreffend: Siebert, Dt.Arb.R. 36/10.

Die erste Gruppe wird dadurch gekennzeichnet, daß hier Gründe vorliegen, die sich aus der vertraglichen Festlegung bestimmter, sich aus dem Arbeitsverhältnis meist schon ergebender Pflichten herleiten lassen. Es sind dies also vor allem die Fälle, die einen Arbeitsvertrag wegen seines Inhalts nichtig machen würden.

Der wichtigste Fall ist die Vereinbarung eines Wucherlohnes. Hierbei handelt es sich um eine Modifizierung der sich aus dem Arbeitsverhältnis an sich schon ergebenden Lohnzahlungspflicht. Ähnlich ist die Situation bei der Vereinbarung gewisser Rechte und Pflichten, die als sitten- oder gesetzwidrig nichtig sind (verbotene Überarbeit).

Alle diese Fälle haben das gemeinsam, daß ein an sich zulässiges Arbeitsverhältnis in bestimmter, unzulässiger Weise ausgestaltet wird. Dieser Umstand berührt jedoch das Arbeitsverhältnis als solches nicht. Wucher- und Sittenwidrigkeit müßten zwar zur Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages führen, sie sind jedoch gegenüber dem Grundtypus des Arbeitsverhältnisses in gewissem Sinne selbständig, dergestalt, daß alle Modifikationen das Arbeitsverhältnis nur insoweit gestalten können, als sie selbst gültig sind. Die Parteivereinbarungen sind also in dem Sinne modifizierender Natur, als sie dazu dienen, die abstrakten, aus dem Arbeitsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten dem einzelnen, konkreten Arbeitsverhältnis anzupassen.

Es erscheint einleuchtend, daß eine derartige, lediglich modifizierende Vereinbarung, die den Grundtypus des Arbeitsverhältnisses nicht berührt, nicht zur Nichtigkeit des ganzen Arbeitsverhältnisses führen darf. Es ist nur ein Teil des Ganzen, der als wucherisch oder sittenwidrig vom Gesetz verpönt ist, und es kann daher auch nur dieser Teil sein, der von der Nichtigkeit ergriffen wird. Ist ein Wucherlohn vereinbart, so ist diese Vereinbarung nichtig, kann also das Arbeitsverhältnis nicht mehr gestalten. An ihre Stelle tritt der angemessene Lohn, wie er sich aus dem Arbeitsverhältnis ergibt, oder aber der Lohn, der in der BO. oder TO. festgesetzt ist. Der Grund einer derartigen Regelung liegt in der Tatsache, daß die Vereinbarung, die zwischen den Parteien getroffen ist, nicht Verpflichtungsgrundlage im Verhältnis der Parteien bleibt, wie im früheren Arbeitsrecht der Arbeitsvertrag.

Die zweite Gruppe berührt im Gegensatz dazu das Arbeitsverhältnis als solches. Der wichtigste Fall ist die Einigung über ein gesetzlich verbotenes Arbeitsverhältnis. Hier ist das Arbeitsverhältnis als solches, d. h. das „genus" des von den Parteien gewollten Arbeitsverhältnisses vom Gesetz verboten, und aus diesem Grunde jede Einigung über einen solchen verbotenen Arbeitsverhältnistypus nichtig. Ein Arbeitsverhältnis kann daher in diesen Fällen nicht entstehen, da eine wirksame Einigung über ein derartiges Arbeitsverhältnis nicht möglich ist.

Das wird vor allem dann der Fall sein, wenn die Hinderungsgründe nicht in der gewillkürten Ausgestaltung des Vertrages durch

die Parteien, sondern in der Person einer der beiden Parteien begründet sind. Zutreffend hat Siebert[10] darauf hingewiesen, daß die Einordnung arischer Hausgehilfinnen in einen nichtarischen Haushalt niemals zur Begründung eines gültigen Arbeitsverhältnisses führen könne. Darüber hinaus aber muß eine Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses auch stets dann angenommen werden, wenn die bloße Tätigkeit des Arbeitsgehilfen gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. (Verbotene Frauenarbeit).

Zwar ist hier der Umstand in der Person der Partei kein absoluter, der die Schaffung eines Arbeitsverhältnisses überhaupt unmöglich machte, sondern er ist ein relativer in dem Sinne, daß ein Arbeitsverhältnis der Art, wie es die Parteien begründen wollen, unter Personen mit den betreffenden Eigenschaften nicht begründet werden darf. Es wirken also persönliche Eigenschaft und Parteiwille zusammen; erst beide vereint ergeben die Nichtigkeit der „Einigung" und damit die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses. Daraus ergibt sich wiederum, daß die Einigung und der konkrete Parteiwille aufs engste miteinander verbunden sind, und daß von einer rechtlichen Selbständigkeit der Einigung nicht die Rede sein kann.

Damit ist die Entscheidung über die Frage der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses getroffen. Immer dann, wenn der nach bürgerlichem Recht entscheidende Umstand, das „genus" des Arbeitsverhältnisses trifft, bewirkt er, daß ein gültiges Arbeitsverhältnis nicht entstehen kann. Trifft er dagegen nur die konkrete Form, während das Arbeitsverhältnis als solches zulässig ist, so kann ein gültiges Arbeitsverhältnis gleichwohl entstehen. Die Abreden, die den Nichtigkeitsgrund bilden würden, bleiben für die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses unerheblich, sie vermögen die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses nicht zu beeinflussen. An ihre Stelle treten vielmehr die entsprechenden Bestimmungen der BO. und TO., oder aber es wird das Arbeitsverhältnis aus sich selbst gestaltet. (Statt des Wucherlohnes gilt der Lohn der BO. oder TO. oder der Lohn, der nach dem Inhalt der Arbeitsbeziehungen zwischen den Parteien als angemessen anzusehen ist).

5. Die Frage der Anfechtbarkeit.

Einer besonderen Erörterung bedarf die Frage der Anfechtbarkeit. Man hat gegen die Lehre vom Arbeitsvertragsverhältnis oft geltend gemacht, daß die bürgerlichrechtliche Anfechtung mit dinglich rückwirkender Kraft für das Arbeitsrecht eine unmögliche Gestaltungsform sei, da die tatsächlichen Beziehungen, wie sie sich zwischen Unternehmer und Gefolgsmann abgewickelt hätten, überhaupt nicht rückgängig zu machen seien.

Diese Kritik hatte zweifellos ihre Berechtigung. Dennoch ließ sich dogmatisch gegen eine Anfechtung des Arbeitsvertrages nichts

[10] Siebert, Dt.Arb.R. 36/10.

einwenden, da dieser als Vertrag des bürgerlichen Rechts aus zwei ineinandergreifenden Willenserklärungen besteht, die ihrerseits als „Willenserklärungen" der Anfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB. unterliegen müssen.

Die Frage ist heute, inwieweit die Tatbestände der Anfechtung (Irrtum, Drohung, arglistige Täuschung) die Gültigkeit des Arbeitsverhältnisses beeinflussen können?

Anfechtbar sind nach den §§ 119 ff. BGB. „Willenserklärungen" und zwar nur aus den dort festgelegten Gründen. Bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses in seiner heutigen Form aber wirken zwei rechtlich erhebliche Willenserklärungen mit: zunächst die Willenserklärung jeder Partei, die den Arbeitsvertrag (das ist die Vereinbarung, an einem bestimmten Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis zwiden den Parteien zu beginnen)[11] begründet und dann die Willenserklärung, die zusammen mit der Einordnung das Arbeitsverhältnis entstehen läßt.

Bezüglich der ersteren kann die Entscheidung nicht schwer fallen. Eine Anfechtung des Arbeitsvertrages nach bürgerlichem Recht unterliegt so lange keinem Bedenken, als er noch bloßer bürgerlich-rechtlicher Vertrag ist, solange also eine Eingliederung in den Betrieb noch nicht erfolgt ist. Denn dann liegt ein Arbeitsverhältnis noch nicht vor, die Anfechtung eines schuldrechtlichen Vertrages aber ist — auch rechtspolitisch — unbedenklich.

Daher kann der Unternehmer, der zwischen Abschluß des Arbeitsvertrages und Einordnung in den Betrieb feststellt, daß sich der Angestellte durch falsche Zeugnisse die Stellung erschwindelt hatte, den Arbeitsvertrag ohne weiteres anfechten. Die Anfechtung zerstört dann rückwirkend alle gegenseitigen Verpflichtungen.

Sobald aber die Einordnung in die Betriebsgemeinschaft erfolgt ist, ist damit auch der Arbeitsvertrag im Arbeitsverhältnis aufgegangen. Sein Inhalt ist Inhalt des Arbeitsverhältnisses geworden, und eine Anfechtung könnte sich nur noch gegen das „Arbeitsverhältnis" richten.

Das Arbeitsverhältnis aber entsteht aus Einigung und Einordnung. Die Einigung ihrerseits jedoch besteht aus zwei Willenserklärungen, und diese unterliegen als solche der Anfechtung nach den §§ 119 ff. BGB.

Fraglich ist also, ob der Umstand, daß eine der Willenserklägen, die das Arbeitsverhältnis begründen, im Augenblick der Einordnung anfechtbar war, nach der Entstehung des Arbeitsverhältnisses dieses anfechtbar macht, ob also das Arbeitsverhältnis mit dinglich rückwirkender Kraft wieder aus der Welt geschafft werden kann, indem man die Willenserklärung, die zu seiner Entstehung erforderlich war, anficht.

---

[11] Über Bedeutung und Wesen des Arbeitsvertrages im System des heutigen Arbeitsrechts, s. unten S. 42 ff.

Zuzugeben ist, daß es dem Sinn und Geiste des Arbeitsverhältnisses als eines lebendigen Gemeinschaftsverhältnisses widerspricht, wenn man annimmt, daß es durch einen Willensakt rückwirkend vernichtet werden könne, obwohl die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen, wie sie sich zwischen den Parteien in der Zwischenzeit abgewickelt haben, unmöglich aus der Welt geschafft und ignoriert werden können.

Es wäre also hier vom rechtspolitischen Standpunkt aus eine Lösung erwünscht, die diesen Bedenken Rechnung trägt und an die Stelle der Anfechtung mit dinglich rückwirkender Kraft die Lösbarkeit des Arbeitsverhältnisses mit „ex nunc" Wirkung stellt. Das aber aus dem geltenden Rechtszustand abzuleiten, dürfte unmöglich sein[12]. Ob dabei de lege ferenda die Verschiedenartigkeit der Anfechtungstatbestände (Irrtum, Drohung, arglistige Täuschung) in Gestalt verschiedener Rechtsfolgen Berücksichtigung finden kann, ob insbesondere heute der Anfechtung zugängliche Umstände auch im künftigen Recht als erheblich angesehen werden sollen, ist eine Frage, die hier nicht erörtert werden kann, da sie den Rahmen des Themas überschreitet.

Es drängt sich bei der Erörterung dieser Fragen unwillkürlich ein Vergleich mit einer anderen rechtlichen Gestaltung des BGB. auf, mit der Ehe. Auch bei der Ehe als einer totalen Lebensgemeinschaft erscheint es wegen der engen tatsächlichen Beziehungen beider Teile unmöglich, diese Gemeinschaft, wenn sie einmal begründet ist, mit rückwirkender Kraft wieder zu vernichten. Die Rechtslage ist daher in beiden Fällen die gleiche; es ist ein enges, persönliches Gemeinschaftsverhältnis begründet. Und doch hat das Gesetz selbst im § 1343 BGB. angeordnet, daß die angefochtene Ehe „als von Anfang an nichtig anzusehen" ist. Hier hat also der Gesetzgeber selbst eine rückwirkende Auflösung eines Gemeinschaftsverhältnisses angeordnet, ohne daß eine Möglichkeit bestände, die Beziehungen zwischen den Ehegatten während der Zwischenzeit als rechtmäßig anzusehen.

Man kann daher keinesfalls behaupten, daß sich eine Unzulässigkeit der Anfechtung des Arbeitsverhältnisses mit rückwirkender Kraft von selbst verstünde, denn das Gesetz selbst hat in einem ähnlich gelagerten Falle eine derartige Möglichkeit vorgesehen. Aus diesem Grunde muß man auch im Falle des Arbeitsverhältnisses eine

---

[12] Damit ist die auch bereits früher vereinzelt de lege lata vertretene Auffassung abgelehnt, daß die Vorschriften über die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund (§§ 626 BGB., 123, 124 GO.) als lex specialis die Anfechtung überhaupt ausschlössen; vgl. dazu Hueck-Nipperdey I, S. 145.
Beide dienen vielmehr gänzlich verschiedenen Zwecken und sind vor allem in den Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit wesentlich verschieden. Durch die Bestimmungen über die fristlose Entlassung werden bei weitem nicht alle Fälle erfaßt, die den Anfechtungstatbeständen unterliegen würden. Die Anfechtung des Arbeitsvertrages nach §§ 119 ff. BGB. ist daher als de lege lata zulässig anzusehen.

entsprechende Regelung durch den Gesetzgeber erwarten. Die Konsequenzen, die sich aus jeder der beiden Möglichkeiten ergeben, sind derart schwerwiegend, daß eine Regelung durch den Gesetzgeber dringend erforderlich erscheint. Es sind allerdings die mit diesem Problem zusammenhängenden Fragen in der Wissenschaft noch wenig erörtert und geklärt. An dieser Stelle können daher die Möglichkeiten und Fragen, die sich aus dem Problem der Anfechtung des Arbeitsverhältnisses ergeben, nur angedeutet werden.

Damit sind die grundsätzlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. auf das Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann festgestellt. Die Frage nach den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. ist die Frage nach dem Grundtatbestand des Arbeitsrechtes überhaupt. Die Antwort aber kann nach den Erkenntnissen und Grundsätzen des neuen Arbeitsrechts nur dahin gehen, daß BO. und TO. wie alle arbeitsrechtlichen Wirkungen vom Bestehen eines gültigen Arbeitsverhältnisses abhängig sind.

Begriff und Wesen des Arbeitsverhältnisses sind im Vorstehenden erörtert; ebenso sind die Umstände behandelt, die das Arbeitsverhältnis in seiner Wirksamkeit berühren, d. h. es nicht zur Entstehung kommen lassen. Damit ist jedoch die Frage nach der Anwendbarkeit der Normen von BO. und TO. auf das Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann noch nicht erschöpfend behandelt. Die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann bestehen nicht allein im Arbeitsverhältnis. Bereits vor der Begründung des Arbeitsverhältnisses kann die Verabredung getroffen werden, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, es sind im Normalfall auch die Modalitäten der zu leistenden Arbeit in dieser Verabredung festgelegt. Es ist daher festzustellen, welche arbeitsrechtliche Bedeutung diese Verabredung hat, und welche rechtlichen Beziehungen sich für das Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann daraus ergeben. Alsdann wird zu untersuchen sein, ob und in welchem Umfange die Wirkungen von BO. und TO. dieses Verhältnis bereits ergreifen.

Dazu ist es erforderlich, das Wesen dieser vor der Einordnung getroffenen Verabredung und ihre Beziehungen zum Arbeitsverhältnis darzulegen.

6. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis.

Am Anfang des arbeitsrechtlichen Geschehens steht in vielen Fällen der Arbeitsvertrag, d. h. die Abmachung zwischen Unternehmer und Arbeitsgehilfen, daß in einem zeitlich späteren Zeitpunkt (die Dauer des Zwischenraumes ist dabei ohne Bedeutung) die Einstellung des Arbeiters in den Betrieb des Unternehmers erfolgen solle. In diese Abmachung werden im Normalfall auch Vereinbarungen über die einzelnen Bedingungen der im Betriebe zu leistenden Arbeit oder über die Lohnhöhe aufgenommen, die ihrerseits, wie

oben gezeigt ist, in die zur Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Willenseinigung aufgenommen werden.

Erfolgt dann auf Grund dieses Arbeitsvertrages die „Einordnung in den Betrieb", so entsteht durch diesen Akt aus dem Arbeitsvertrag ein neues, arteigenes Gebilde, das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis ist damit nicht mehr Arbeits-Vertragsverhältnis, sondern personenrechtlicher Tatbestand eigener Art. Es wurzelt fest in der Betriebsgemeinschaft, deren Gepräge es trägt. Die Eingliederung in den Betrieb, wie sie oben dargestellt ist, ist daher Gestaltungsakt in dem Sinne, daß sie den Inhalt des Arbeitsvertrages in das Arbeitsverhältnis aufnimmt, daß sie den Willen der Parteien vereinigt mit den Bedingungen des eigengesetzlichen Arbeitsverhältnisses.

Über den Inhalt des Arbeitsvertrages kann nach dem Gesagten kein Zweifel mehr bestehen. Die Parteien des Arbeitsvertrages versprechen sich, vom vereinbarten Zeitpunkt an im Betriebe zusammenzuarbeiten; der Gefolgsmann soll seine Arbeitskraft und Geschicklichkeit zum Nutzen des Betriebes zur Verfügung stellen, der Unternehmer den Gefolgsmann seinen Leistungen entsprechend entlohnen. Gegenstand des Arbeitsvertrages ist demnach die Vereinbarung, am bestimmten Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis mit allen sich daraus ergebenden gegenseitigen Verpflichtungen zu begründen.

Die gleiche Entscheidung ist bezüglich der im Arbeitsvertrag enthaltenen Vereinbarungen über die Arbeitsbedingungen zu treffen. Sie sind genau wie der Arbeitsvertrag grundsätzlich verpflichtender Natur. Mit Abschluß des Vertrages erzeugen sie zwischen den Parteien vertragliche Rechte und Pflichten, die erst durch den Gestaltungsakt der „Einordnung" diesen Charakter verlieren, und Teil, Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden.

Damit ist die arbeitsrechtliche Bedeutung des Arbeitsvertrages bereits gekennzeichnet. Entsprechend seinem Inhalt verpflichtet er die Parteien, einander die versprochenen Leistungen zu gewähren. Der Unternehmer ist gehalten, den vereinbarten Lohn zu zahlen. Der Arbeitsgehilfe muß seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen. Dennoch ist dieser Verpflichtungsgrund nur von kurzer Dauer. Durch die Einordnung vereinigt er sich mit dem Arbeitsverhältnis und verliert seine rechtliche Eigenbedeutung; sein Inhalt wird Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Das kann jedoch, wie sich bereits aus dem Gesagten ergibt, nur insoweit der Fall sein, als sich der Inhalt des Arbeitsvertrages mit dem Inhalt der Einigungserklärung deckt. Da nach dem oben Ausgeführten nicht der Arbeitsvertrag, sondern der Inhalt der Einigungserklärung das Arbeitsverhältnis gestaltet, so kann die Einordnung ein Aufgehen des Arbeitsvertrages in das Arbeitsverhältnis auch nur insoweit bewirken, als sich beide inhaltlich decken. Soweit das nicht der Fall ist, soweit also Arbeitsvertrag und Einigungserklärung auseinanderfallen, muß der Arbeitsvertrag seine Wirksamkeit behalten und kann insoweit auch weiterhin rechtliche Grundlage für arbeitsrechtliche Ansprüche der Parteien werden.

Insoweit muß daher auch der Ansicht Rhodes[13] zugestimmt werden, der jedoch den Arbeitsvertrag stets und in vollem Umfange neben dem Arbeitsverhältnis bestehen läßt.

Die wahre Bedeutung des Arbeitsvertrages aber zeigt sich erst, wenn die Einordnung unterbleibt. Erfolgt aus irgend einem Grunde auf Grund des Vertrages keine Einstellung, etwa weil der Unternehmer sich weigert, den Angestellten einzugliedern, oder weil dieser durch Krankheit verhindert ist, seinen Dienst anzutreten, so fragt es sich, wie sich in diesem Falle die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Arbeitsgehilfen gestalten, insbesondere, welche Rechte beide Teile in einem solchen Falle aus dem Arbeitsvertrag herleiten können.

Die Entscheidung dieser Frage ist aus der Natur des Arbeitsvertrages und seinem Inhalt zu treffen. Da der Arbeitsvertrag kein „Vorvertrag" ist, dessen Inhalt die Verpflichtung zur „Einordnung" bildet, sondern ein „Arbeits"vertrag mit dem oben dargestellten Inhalt, so ist die Folge, daß bei Unterbleiben der Einordnung jeder der beiden Teile das verlangen kann, was der andere versprochen hat. Die Rechtsfolgen, die sich aus der unterbleibenden Einordnung ergeben, beurteilen sich also ausschließlich nach Vertragsrecht. Daß hier ein „Arbeitsverhältnis" nicht entsteht, dürfte klar sein[14]. Denn so lange nicht die Einordnung in den Betrieb erfolgt ist, bleibt der Arbeitsvertrag Vertrag im bürgerlichrechtlichen Sinne (Schuldvertrag). Erst die Einordnung in die Betriebsgemeinschaft hebt den Vertrag aus der rechtsgeschäftlichen Sphäre in die arteigene des Arbeitsverhältnisses. Ist dieser Gestaltungsakt nicht erfolgt, so ergeben sich alle gegenseitigen Ansprüche der Parteien aus den Bestimmungen des BGB. Der Angestellte kann in diesem Fall den vertraglich vereinbarten Lohn verlangen. Der Unternehmer muß den Vertrag ordnungsmäßig kündigen, um von ihm loszukommen. Ein „Arbeitsverhältnis" entsteht jedoch in diesen Fällen nicht.

Damit sind Wesen und Bedeutung des Arbeitsvertrages im heutigen Arbeitsrecht dargelegt. Der Arbeitsvertrag ist die Vereinbarung zwischen Unternehmer und Arbeitsgehilfen an einem bestimmten Zeitpunkt ein „Arbeitsverhältnis" zu begründen, in dem der Unternehmer den vereinbarten Lohn zahlen soll, der Arbeitsgehilfe aber verpflichtet ist, seine Arbeitskraft zum Nutzen des Betriebes zur Verfügung zu stellen. Erfolgt auf Grund dieses Vertrages die Einordnung in den Betrieb, so verliert durch diesen Akt der Vertrag seine Eigenbedeutung. Sein Inhalt geht in das Arbeitsverhältnis ein, das er im Sinne der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien gestaltet, soweit nicht das Arbeitsrecht durch wirksamere Inhaltsnormen (BO-, TO-,Gesetz) den Parteien die Fähigkeit zur Gestaltung des Arbeitsverhältnisses genommen hat.

Unterbleibt die Einordnung, so kann ein Arbeitsverhältnis nicht entstehen. In diesem Falle ist der Arbeitsvertrag alleiniger Rechts-

[13] vgl. Rhode, ZdAkademie 36/371 ff.

grund zwischen den Parteien, alle Rechte und Pflichten beider Teile ergeben sich aus dem Inhalt des Vertrages. Beide können Erfüllung dessen verlangen, was der andere Teil versprochen hat. Versprochen aber hat der Arbeitsgehilfe zu arbeiten, der Unternehmer, Lohn zu zahlen.

So hat der Arbeitsvertrag auch im heutigen Arbeitsrecht noch eine positiv verpflichtende Bedeutung. Er ist nicht „Vorvertrag" mit dem Inhalt, daß er die Parteien zur „Einordnung" verpflichtet, sondern „Arbeits"-vertrag in dem Sinne, daß in ihm die Rechte und Pflichten des späteren Arbeitsverhältnisses bereits vorher vertraglich festgelegt werden. Unterbleibt die Einordnung, so hat der Vertrag keine negative Funktion dergestalt, daß er Ansprüche auf „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" verleiht, sondern er hat eine positive Bedeutung, d. h. er gibt den Parteien einen Anspruch auf Erfüllung des Versprochenen. Ein klagbarer Anspruch auf Eingliederung besteht jedoch ebensowenig wie im bisherigen Recht. Die rechtlichen Folgen der unterbleibenden Eingliederung richten sich wie bisher ausschließlich nach Vertragsrecht, das diesen Fall als Fall des Annahmeverzuges ausdrücklich vorsieht und seine Rechtswirkungen festlegt. (§ 615 BGB.).

Anders ist die rechtliche Situation nur dann, wenn die Verpflichtung zur Aufnahme in den Betrieb ausdrücklich zum Gegenstande des Vertrages gemacht ist, vor allem in den Fällen, in denen der Dienstverpflichtete in erster Linie an der Tätigkeit als solcher ein Interesse hat, da sie ihm zur Ausbildung oder beruflichen Weiterbildung dienen soll. (Lehrling, Schauspieler).

Nach dieser grundsätzlichen Abgrenzung der Funktionen von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis sowie ihrer arbeitsrechtlichen Bedeutung kann auch an die Beantwortung der Frage herangegangen werden, ob und inwieweit bereits der Inhalt des Arbeitsvertrages von den Normen der BO. und TO. ergriffen wird.

Als sicher kann angesehen werden, daß die gesetzlichen Normen, die arbeitsrechtliche Verhältnisse betreffen, auch heute noch den Arbeitsvertrag ergreifen, daß also gesetzliche Bestimmungen unmittelbar Rechte und Pflichten der Parteien des Arbeitsvertrages erzeugen, ohne daß es einer Einordnung als konstitutiven Aktes des Arbeitsverhältnisses bedarf.

Kann nun etwas Ähnliches auch für die Normen der BO. oder TO. gelten? Die Entscheidung dieser Frage ist in der Hauptsache von den Rechtsfunktionen beeinflußt, die BO. und TO. zukommen. Grundsätzlich tragen beide Institute Gemeinschaftscharakter. Sie wollen Bezug nehmen auf die Betriebsgemeinschaft und auf

---

14 a. A. Siebert, der hier in den Fällen, in denen ein Anlaß vorliegt, der die Entstehung eines Gemeinschaftsverhältnisses wesensmäßig nicht hindert, ein Arbeitsverhältnis entstehen läßt. Siebert, ZdAkademie 36/95.
a. A. auch Mansfeld, der mit ganz anderen Voraussetzungen an das Problem herangeht, da er das Arbeitsverhältnis bereits mit Abschluß des Arbeitsvertrags entstehen läßt.

die arbeitsrechtlichen Verhältnisse, die sich im wesentlichen Teil des Arbeitslebens abspielen, auf die Arbeit im Betriebe. Das gilt ganz ohne Zweifel von der BO., die, wie schon ihr Name sagt, eine Ordnung des Betriebes sein soll, die infolgedessen auch nur für die „Betriebsangehörigen" gilt, d. h. für alle die, die auf Grund eines Arbeitsverhältnisses im Betriebe tätig sind. Weniger deutlich zeigt sich diese Bezugnahme auf die Arbeitsgemeinschaft im Betriebe bei der TO., die in ihrer rechtlichen Struktur den Gesetzesnormen am nächsten kommt. Aber auch für diese muß auf Grund der Tatsache, daß sie „Arbeits"bedingungen regeln soll, daß sie ein Institut des neuen AOG. ist, dessen Angelpunkt die Betriebsgemeinschaft bildet, der Satz gelten, daß sie grundsätzlich die Arbeitsverhältnisse erfaßt, die im Betriebe gegründet sind. Diese Entscheidung, die bereits oben getroffen ist und grundsätzlich auch getroffen werden muß, würde bedeuten, daß der Arbeitsvertrag für die Anwendbarkeit der Normen von BO. und TO. keinerlei Bedeutung besitzt, daß ihm also in allen Fällen, in denen ein Arbeitsverhältnis nicht begründet worden ist, nicht die Fähigkeit eigen ist, Grundlage der Anwendbarkeit von BO. und TO. zu sein. Und zwar weder dann, wenn zwischen Arbeitsvertrag und Einordnung bereits sich Arbeitsverhältnis-ähnliche Beziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann abspielen (der Gefolgsmann wird eingearbeitet und hat die Pflicht zur Geheimhaltung; es ist für die Zwischenzeit ein „Lohn" vereinbart) noch in dem Falle, daß in dem Zeitpunkt, in dem die Eingliederung erfolgen soll, diese unterbleibt, und ein Arbeitsverhältnis nicht zur Entstehung gelangt.

In beiden Fällen müßten sich dann die gesamten arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen U. und Gm. lediglich aus dem Arbeitsvertrag ergeben, ohne daß BO. oder TO. zur Anwendung kommen könnten. Dieses Ergebnis ist jedoch durchaus unbillig und kann in dieser Form auch nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.

7. Der Arbeitsvertrag ohne Einordnung.

Ein Beispiel mag die Bedeutung des Problems veranschaulichen. Wenn der Unternehmer U. mit dem Arbeiter A am 15. Oktober einen Arbeitsvertrag zum 1. November abschließt, sich aber am 1. November weigert, den A in seinem Betrieb einzustellen, so ergeben sich, wie wir gesehen haben, die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien ausschließlich aus dem Vertrage. Das Gleiche muß auch dann gelten, wenn der A krank wird und daher seine Arbeit nicht beginnen kann, oder wenn die Einordnung aus irgend einem anderen Grunde unterbleibt. Immer beschränken sich die rechtlichen Bindungen der Parteien auf den Arbeitsvertrag.

Ist nun der Arbeitsvertrag nichtig, so bietet der Fall keinerlei Schwierigkeiten, denn es ist dann etwas rechtlich Erhebliches über-

haupt nicht entstanden. Ist dagegen der Vertrag wirksam, ein Lohn aber nicht vereinbart, oder zwar vereinbart aber unter dem in der BO. oder TO. festgelegten Satz, so erhebt sich die Frage, ob dann die Bestimmungen der TO. oder BO. auch schon diesen Vertrag erfassen können, sodaß der Angestellte einen Lohnanspruch in Höhe der in der BO. oder TO. festgelegten Sätze erheben kann. Denn wäre das nicht der Fall, so wäre die Folge, daß der Gefolgsmann durch die Nicht-Einordnung schlechter gestellt wäre, als wenn der Unternehmer ihn eingestellt hätte, daß also die Schutzfunktion der BO. und TO. in diesem Falle wirkungslos gemacht wäre. Es wäre daher in diesen Fällen zumindest sozial angemessen, wenn der A bei Unterbleiben der Einordnung einen Lohnanspruch aus einer BO. oder TO. erheben könnte.

Ist in diesem Falle im Vertrage eine Bestimmung über die Lohnhöhe überhaupt nicht getroffen, so ist mit § 612 Abs. II BGB. zu helfen, ist jedoch der Lohn unter Tarif vereinbart, so besteht keine vertragsrechtliche Möglichkeit, dem Arbeitsgehilfen zu einer angemessenen Bezahlung zu verhelfen.

Siebert will hier, wenigstens in einigen Fällen, versuchen, das Arbeitsverhältnis dennoch zur Entstehung kommen zu lassen[15], doch erscheint dieser Weg äußerst bedenklich. Der Vorwurf der Fiktion, den Siebert selbst zurückweist, erscheint dann aber unvermeidlich, denn es kommt zwar nicht darauf an, daß der Arbeiter nun tatsächlich eine Viertelstunde im Betrieb gearbeitet hat und dann erst krank geworden ist, wohl aber darauf, daß er gestaltungskräftig in den Betrieb eingeordnet ist und so durch einen äußeren Akt zum Ausdruck gekommen ist, daß er in die Betriebsgemeinschaft eingegliedert werden soll. Das ist aber niemals geschehen, wenn eine Einweisung in den Arbeitsplatz überhaupt nicht erfolgt ist.

Daß ganz allgemein ein Lohn, „als ob" ein Arbeitsverhältnis entstanden wäre, angemessen ist, kann wohl nicht bestritten werden.

Die Lösung aber, die Siebert generell vorgeschlagen hat, kann jedenfalls nicht voll befriedigen. Siebert gibt in diesen Fällen einen „Ausgleichsanspruch" (d. i. Schadensersatz), dem er den nötigen Nachdruck und Schutz (gedacht ist wohl an eine Konkursbevorrechtigung) dadurch zuteil werden läßt, daß er de lege ferenda einen Rechtssatz fordert, wonach „alle Ausgleichs- und Schadensersatzansprüche eines Beschäftigten den gleichen (Schutz-)Bestimmungen unterliegen wie der Lohnanspruch"[16]. Das unbefriedigende dieser Lösung liegt nicht zum geringsten Teil an der Siebert'schen Lehre vom „Vorvertrag", wodurch Siebert jede Möglichkeit fehlt, dem Angestellten einen vertraglichen Lohnanspruch überhaupt zuzuerkennen. Die Schadensersatzansprüche aber, die nach Siebert entstehen, unterliegen ganz anderen Voraussetzungen und können daher

[15] ZdAkademie, 36/95, 96.
[16] Siebert, ZdAkademie 36/96.

nur auf dem Umweg über die Höhe des verursachten Schadens zu einem angemessenen Ausgleich führen.

Auch für die herrschende Lehre vom Arbeitsvertragsverhältnis ist die Frage keineswegs entschieden. Denn wenn diese auch ein Arbeitsvertragsverhältnis als Voraussetzung der Anwendbarkeit von BO. und TO. fordert, so ist dabei doch stillschweigende Voraussetzung, daß dieses Vertragsverhältnis in das entscheidende Stadium der Arbeitsleistung getreten ist, also wirklich „Arbeits"-vertragsverhältnis geworden ist. Da jedoch nach dieser Lehre der tatsächliche Beginn der Tätigkeit nicht entscheidend für die Entstehung der Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag ist, so müßte diese Lehre dazu kommen, dem vertragswidrig nicht Eingegliederten einen Lohnanspruch in Höhe des BO.- oder TO.-Satzes zuzubilligen. Denn arbeitsrechtlicher Tatbestand ist der Arbeitsvertrag und dieser wird als solcher von den Bestimmungen der BO. und TO. ergriffen.

Zu einem ähnlichen Ergebnis müßte in diesem Falle Mansfeld kommen, indem er schon mit Vertragsschluß das „Arbeitsverhältnis" entstehen läßt und dadurch die Möglichkeit hat, bei Nichteinordnung in den Betrieb dem Angestellten einen Lohnanspruch aus dem Arbeitsverhältnis zuzubilligen. Dieser Lohnanspruch aber muß, weil er sich aus dem Arbeitsverhältnis ergibt, auch von den Bestimmungen der BO. und TO. ergriffen werden.

Dagegen fehlt für die Anhänger der Lehre von der Betriebszugehörigkeit jede Möglichkeit, in diesen Fällen die Anwendbarkeit der BO. und TO. auszudehnen, da diese allein von der Einordnung in den Betrieb abhängig sind. Die Einordnung in den Betrieb aber ist rechtlich gegenüber dem Arbeitsvertrag etwas völlig Selbständiges, sodaß eine Begründung dafür, daß BO. und TO.-Bestimmungen insoweit auch bei Nicht-Einordnung Gültigkeit haben sollen, unmöglich ist. Der tatsächliche Vorgang der Eingliederung kann durch den Arbeitsvertrag, der grundsätzlich andere Funktionen zu erfüllen hat, nicht ersetzt werden.

Die Frage ist jedoch auch nach der hier vertretenen Auffassung von Wesen und Aufgaben des Arbeitsvertrages zu lösen: Die geringsten Schwierigkeiten bietet die Entscheidung des Problems bei der TO. Die TO. als Rechtsverordnung entspricht in ihrer rechtlichen Struktur am ehesten dem Gesetz. Es liegt daher nahe, die Möglichkeit zu erwägen, ob sie nicht auch gleich dem Gesetz die Arbeitsrechts-Beziehungen in jeder Form, also auch das durch den Arbeitsvertrag geschaffene Rechtsverhältnis gestaltend beeinflussen kann. Zwar ist grundsätzlich festgestellt, daß die Inhaltsformen der TO. gemeinschafts-betont und -bedingt sind, daß sie also das Bestehen einer konkreten Betriebsgemeinschaft zur Voraussetzung haben. Man kann jedoch innerhalb der in einer TO. enthaltenen Normen Unterscheidungen treffen in Bestimmungen, die ohne ein Arbeitsverhältnis nicht denkbar und praktisch bedeutungslos wären, etwa Vorschriften über Arbeits-

dauer, Art der Beschäftigung, und solche Bestimmungen, die die vorwiegend vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen Unternehmer und Gefolgsmann betreffen und somit auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses logisch denkbar sind. Bezüglich der letzteren wäre also eine Anwendbarkeit bereits auf den Arbeitsvertrag zum mindesten logisch nicht ausgeschlossen und wegen der vorwiegend vermögensrechtlichen Natur dieser Normen auch dogmatisch unbedenklich, zumal die rechtliche Grundsituation bei der TO. die gleiche ist wie bei den Gesetzesnormen des Arbeitsrechts. Liegt angesichts dieser Gleichartigkeit der rechtlichen Lage von Gesetz und TO. schon der Gedanke nahe, beide Inhaltsnormen auch in den rechtlichen Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit gleich zu behandeln, so wird man sicher dazu kommen müssen, wenn man die ratio legis der TO., die „Schutzfunktion" dieser Normen, berücksichtigt.

Denn die Festlegung der Arbeitsbedingungen in der TO. dient ohne Zweifel dem Schutz der arbeitenden Volksgenossen[17].

Es sollen die Lebensbedingungen des Arbeiters in einer bestimmten, als angemessen angesehenen Weise durch staatlichen Akt gesichert werden, insbesondere soll der Unternehmer für eine Zeit, in der der Arbeiter für ihn tätig ist oder doch zu arbeiten verpflichtet ist, nicht einen Lohn zahlen dürfen, der unter bestimmten, angemessenen Mindestsätzen liegt. Dafür kann es aber nicht darauf ankommen, ob der Unternehmer die Arbeitskraft des Arbeiters tatsächlich nutzt, oder ob er es böswillig unterläßt, sie zu nutzen, oder ob aus einem sonstigen Grunde die Einordnung in den Betrieb unterbleibt. Beide Teile sind sich vertraglich verpflichtet, der Arbeitsgehilfe kann für die Dauer dieser Zeit eine andere Tätigkeit nicht ausüben, um seine Existenz zu erhalten, und er muß daher auch die Bezahlung erhalten, die er erhalten würde und müßte, wenn der Unternehmer ihn in seinen Betrieb eingeordnet hätte.

Aus den dargelegten Gründen muß man daher dazu kommen, die Anwendbarkeit der Normen der TO. auf das Arbeitsvertragsverhältnis auszudehnen.

Wesentlich anders ist dagegen die Situation bei der BO. zu beurteilen. Die BO. ist, wie schon ihr Name sagt, eine Ordnung des Betriebes, und daher noch weit mehr als die TO. auf die konkrete Gemeinschaft im Betriebe abgestellt. Sie ist aber vor allem autonome Satzung, und daraus ergibt sich, daß ihr Wirkungsbereich nicht weiter gehen kann als der Bezirk des Verbandes, dessen Satzung sie darstellt. M. a. W.: Die Satzungsgewalt, die das AOG. dem Führer des Betriebes für seinen Betrieb verliehen hat, findet ihre Grenze im Betriebe und ihr persönlicher Geltungsbereich ist mit der Zugehörigkeit zum Betriebe, zur Betriebsgemeinschaft umrissen. Denn die Betriebsgemeinschaft ist der Personenverband, für

17 Hueck-Nipperdey-Dietz, zu § 32, Anmerkung 59.

den das AOG. den Führer des Betriebes mit der Satzungsgewalt ausgestattet hat.

Gegen diese grundsätzliche Erkenntnis vermögen auch die Erwägungen der Billigkeit, die in den oben behandelten Fällen in gleichem Umfange wie für die TO. auch für die BO. gelten müssen, nichts auszurichten. Will man nicht behaupten, daß der Gefolgsmann bereits durch den bloßen Arbeitsvertrag Mitglied der Betriebsgemeinschaft wird — und diese Behauptung kann man nach unseren obigen Ausführungen in keinem Falle aufstellen — so wird man zwangsläufig nicht dazu kommen können, die Normen der BO. bereits auf das Arbeitsvertrags-Verhältnis anzuwenden, da der Gefolgsmann auf Grund dieses Verhältnisses dem Verband, für dessen Bereich der Gesetzgeber den Führer des Betriebes mit der Satzungsgewalt ausgestattet hat, noch nicht angehört. In diesen Fällen versagt die BO.; der Arbeitsvertrag ist also insoweit der freien Vereinbarung der Parteien zugänglich. Diese Entscheidung fällt für alle diejenigen nicht schwer, die vom Arbeitsverhältnis als der zentralen Grundlage aller arbeitsrechtlichen Beziehungen ausgehen und daher nur hier vor der Aufgabe stehen, die arbeitsrechtliche Bedeutung des Arbeitsvertrages als Grundlage arbeitsrechtlicher Beziehungen im Einzelfalle zu prüfen und zu entscheiden.

Größere Schwierigkeiten dürfte jedoch das Problem den Anhängern der Lehre vom Arbeitsvertrag bieten, da bei Anerkennung des Arbeitsvertrages als Grundlage der Rechtswirkungen von BO und TO. die Folge ist, daß sowohl BO. wie TO. das Verhältnis Unternehmer — Gefolgsmann bereits mit Abschluß des Vertrages ergreifen müssen, da in diesem Augenblick der Arbeitsvertrag zur Entstehung gelangt und damit gleichzeitig von den Normen der BO. und TO. erfaßt wird.

Es ergibt sich somit, daß die TO. in ihrer rechtlichen Struktur, und daher auch in den Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit den Gesetzen gleichsteht, daß sie nur eine besondere Art der staatlichen, allgemein verbindlichen Gestaltung des Arbeitslebens darstellt. Auf Grund dieser Tatsachen ist der Schluß gerechtfertigt, daß die TO. bereits den Arbeitsvertrag als solchen ergreift, soweit ihre Bestimmungen nicht ausschließlich Gemeinschaftscharakter tragen. Diese Regelung gilt, da es sich um die Erfassung des Arbeitsvertrages als solchen durch die Normen der TO. handelt, sowohl für die vertraglichen Rechtsbeziehungen vor der Eingliederung als auch in dem Falle, daß die Einordnung unterbleibt, für die sich aus dieser Tatsache ergebenden Rechtsfolgen. Dagegen muß die Frage nach der Anwendbarkeit der Normen der BO. auf das Arbeitsvertragsverhältnis verneint werden. Die Satzungsgewalt, die dem Führer des Betriebes durch das AOG. verliehen ist, gilt nur für den Bereich des Personenverbandes, in dem sie wirken soll. Dieser Personenverband aber ist die Betriebsgemeinschaft. Ihre Rechtswirkungen können daher noch Außenstehende nicht ergreifen, sondern erfassen nur die Mitglieder des Verbandsverhältnisses, die Angehörigen der Betriebsgemeinschaft.

Sicher erfordert diese Entscheidung bezüglich der TO. in der Praxis in manchen Fällen eine schwierige Grenzziehung, da unter Umständen die Charakterisierung des Arbeitsvertrages eine Subsumtion unter eine bestimmte TO. noch nicht zuläßt. Es werden allerdings derartige Fälle bei der TO., die ja stets für ein größeres Wirtschaftsgebiet Geltung hat, verhältnismäßig selten sein; denn wenn auch der Arbeitsplatz des Angestellten im Arbeitsvertrag noch nicht festgelegt ist, so wird doch der Gesamtinhalt des Vertrages genau genug umrissen sein, um die Feststellung zu ermöglichen, ob und welcher TO. das zu begründende Arbeitsverhältnis unterfällt.

Es sind jedoch diese Schwierigkeiten der Grenzziehung in der Praxis in keiner Weise geeignet, die oben getroffene Entscheidung zu beeinflussen, zumal derartige Schwierigkeiten immer auftreten werden, wenn man bereits das Arbeitsvertrags-Verhältnis durch die Normen der TO. ergriffen sehen will.

Welche Bestimmungen der TO. im einzelnen bereits auf den Arbeitsvertrag einwirken können, ist aus dem Wesen und der Funktion der einzelnen Bestimmung zu entscheiden. Es darf jedoch dabei nicht außer Acht gelassen werden, daß auch die Bestimmungen der TO. grundsätzlich auf die Tätigkeit und die Gemeinschaft im Betriebe Bezug nehmen. Eine Ausdehnung der Anwendbarkeit der Bestimmungen der TO. auf den nicht zum Arbeitsverhältnis gewordenen Arbeitsvertrag wird daher nur mit aller Vorsicht durchgeführt werden dürfen.

8. Das mittelbare Arbeitsverhältnis.

Besonders muß in diesem Zusammenhang noch auf das Problem des sogen. mittelbaren Arbeitsverhältnisses hingewiesen werden. Hier haben wir den eigenartigen Fall, daß Vertragspartner und Gefolgsherr des Arbeitsgehilfen verschiedene Personen sind. Der Arbeitsvertrag, der zwischen dem Arbeitsgehilfen und der Zwischenperson geschlossen wird, ist auf eine Arbeitsleistung gerichtet, die an eine dritte Person, und zwar in einem fremden Betriebe, zu leisten ist[18]. Der Arbeitsgehilfe muß daher, um seine vertraglichen Pflichten erfüllen zu können, in einen anderen Betrieb als den des Vertragspartners eingeordnet werden.

Ist daher der Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitsgehilfen und der Zwischenperson rechtswirksam, so müßte, da die durch den Arbeitsherrn erfolgende Einordnung in dessen Betrieb eine Willenseinigung über die Begründung eines Unternehmer-Gefogsmannverhältnisses enthält, durch die Einordnung ein gültiges Arbeitsverhältnis auch zwischen Gefolgsherrn und Arbeitsgehilfen zustande kommen. Die Folge wäre, daß der Arbeitsgehilfe zweifach verpflich-

18 Gedacht ist hier vor allem an den sogen. „Impresariovertrag". Das Gleiche gilt jedoch auch in allen sonstigen Fällen des mittelbaren Arbeitsverhältnisses.

tet wäre, daß er in zwei Verhältnissen stände, in dem vertraglichen zum Agenten und dem Arbeitsverhältnis zum Gefolgsherrn, daß er somit zwei Lohnansprüche geltend machen könnte.

Dieses zweifellos unerfreuliche Ergebnis zweier miteinander konkurrierender Verhältnisse läßt sich jedoch leicht ändern, wenn man die Einordnung in den Betrieb nicht als starren, abstrakten Vorgang ansieht, sondern als eine Maßnahme, die auf Begründung eines konkreten Arbeitsverhältnisses gerichtet ist.

Es gibt nun aber auch ein Arbeitsverhältnis, das gewisse, sonst stets vorhandene Rechtsfolgen nicht enthält, eben das mittelbare Arbeitsverhältnis. Ist darum bei der Einordnung in den Betrieb des Gefolgsherrn der Wille beider Beteiligten auf die Begründung eines derartigen Arbeitsverhältnisses gerichtet, so entsteht auf Grund der Tatsache, daß die Parteien durch Vereinbarung das Arbeitsverhältnis gestalten können, zwischen Gefolgsherrn und Arbeitsgehilfen ein vollwirksames Arbeitsverhältnis, dem jedoch gewisse Rechtsfolgen, vor allem ein Lohnanspruch, fehlen. Will man überhaupt den Parteien das Recht zubilligen, den Inhalt des zu begründenden Arbeitsverhältnisses in gewissem Umfange zu gestalten, so ist hier der beste Prüfstein dafür, ob man es mit dieser Ansicht ernst meint.

Die Willenseinigung über die Einordnung in den fremden Betrieb ist kein abstraktes Gebilde, sondern ein lebensvoller Vorgang, dessen Inhalt die wichtige Aufgabe hat, den Inhalt des zu begründenden Arbeitsverhältnisses zu gestalten. Sie bildet die konkrete Gestalt des Arbeitsverhältnisses.

War daher der Wille der Beteiligten darauf gerichtet, ein „mittelbares Arbeitsverhältnis" untereinander zu begründen, und war dieser Wille ausdrücklich oder stillschweigend kundgetan, so ist er geeignet, das Arbeitsverhältnis in dieser Richtung zu gestalten.

Aus diesem Gedanken heraus muß das Problem des mittelbaren Arbeitsverhältnisses dahingehend gelöst werden, daß zwischen Arbeitsgehilfen und Gefolgsherrn ein Arbeitsverhältnis entsteht, das insoweit vom Normaltypus des Arbeitsverhältnisses abweicht, als es sich aus den besonderen Umständen des Falles ergibt. Die Folge ist dann, daß sich die Verpflichtungen aus Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis nicht mehr überschneiden, sondern jeden ihr besonderer Wirkungsbereich zukommt.

Dieses Ergebnis bedeutet gleichzeitig für die Frage der Anwendbarkeit von BO. und TO. auf das mittelbare Arbeitsverhältnis, daß deren Bestimmungen auf dieses Verhältnis insoweit keine Anwendung finden können, als die Tatsache des mittelbaren Arbeitsverhältnisses ihnen entgegensteht. Das gilt vor allem für die Lohnfrage. Ergibt sich aus dem erklärten Willen der Parteien, daß ein Arbeitsverhältnis ohne Lohnanspruch entstehen sollte, so kann, wenn eine Lohnzahlungspflicht für den Betriebsherrn überhaupt nicht besteht, ein Lohnanspruch für den Arbeitsgehilfen naturgemäß auch

nicht aus einer für den Betrieb des Gefolgsherrn geltenden BO. oder TO. hergeleitet werden[19].

Daß andererseits die übrigen Arbeitsbedingungen und sonstigen Bestimmungen der BO. oder TO. im Betriebe des Gefolgsherrn auch für den im mittelbaren Arbeitsverhältnis tätigen Arbeitsgehilfen Geltung haben sollen, erscheint durchaus angemessen, und ist durch die Tatsache, daß im übrigen ein gültiges Arbeitsverhältnis entstanden ist, vollauf gerechtfertigt.

Es würde eine völlige Verkennung des Gedankens der Betriebsgemeinschaft bedeuten, wenn man etwa annehmen würde, daß rechtliche Beziehungen zwischen Arbeitsgehilfen und Gefolgsherrn durch das mittelbare Arbeitsverhältnis überhaupt nicht zur Entstehung kommen. Der Arbeitsgehilfe wird vielmehr im Betriebe des Gefolgsherrn ein vollwertiger Gefolgsmann wie jeder andere; daß sich aus dem Verhältnis bestimmte Rechte und Pflichten nicht ergeben, ändert daran nichts. Auch das „mittelbare Arbeitsverhältnis" ist daher „Arbeitsverhältnis" im oben dargelegten Sinne. Es ist arbeitsrechtlicher Tatbestand mit den sich daraus ergebenden Folgen, allerdings nur insoweit, als nicht die Tatsache, daß es sich um ein mittelbares Arbeitsverhältnis handelt, dem entgegensteht.

VII. Ergebnisse.

Auf Grund dieser Untersuchungen ist die Frage nach den Voraussetzungen der Anwendbarkeit von BO. und TO. beantwortet. Auszugehen war von dem „Arbeitsverhältnis" als dem zentralen Tatbestand des Arbeitsrechts, um dann an Hand der Frage nach der Gültigkeit des Arbeitsverhältnisses die Fälle zu unterscheiden, die der Wirksamkeit der Normen von BO. und TO. unterliegen. Nach Beantwortung dieser Fragen aber war festzustellen, inwieweit die Bestimmungen von BO. und TO. bereits den vor der Einordnung geschlossenen Arbeitsvertrag ergreifen. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen lassen sich gedrängt zusammenfassen:

Die Anwendbarkeit der Normen von BO. und TO. setzt grundsätzlich ein „gültiges Arbeitsverhältnis" voraus. Rechte und Pflichten aus einer BO. oder TO. werden nur dann Inhalt der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann, wenn alle Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses erfüllt sind.

Das Arbeitsverhältnis aber entsteht aus Einigung und Einordnung. Die Einigung ist die übereinstimmend abgegebene Erklärung der Parteien, untereinander ein „Arbeitsverhältnis" beginnen zu wol-

[19] Ist z. B. zwischen Unternehmer und Gefolgsmann eine Volontärstellung ohne Gehalt vereinbart, so ist diese Abrede geeignet, das Arbeitsverhältnis dementsprechend zu gestalten. Es erscheint einleuchtend, daß in derartigen Fällen ein Lohnanspruch für den Gefolgsmann auch nicht aus einer BO. oder TO. hergeleitet werden kann.

len. Die Erklärung ist „Willenserklärung" im Sinne des bürgerlichen Rechts und daher von den gleichen Voraussetzungen abhängig wie jene.

Diese grundsätzliche Regelung erfährt jedoch eine bedeutsame Erweiterung: Die Inhaltsnormen der TO. erfassen auf Grund der Tatsache, daß sie Schutzfunktionen haben sollen und entsprechend ihrer gesetzes-ähnlichen rechtlichen Struktur arbeitsrechtliche Beziehungen jeder Art ergreifen können und müssen, bereits das noch nicht oder nicht zum Arbeitsverhältnis gewordene Arbeitsvertragsverhältnis; allerdings nur insoweit, als die Normen nicht besonderen Gemeinschaftscharakter tragen und damit auf die konkrete Gemeinschaft im Betriebe abgestellt sind.

Dieses Ergebnis entspricht in seinen Auswirkungen sowohl den rechtlichen Aufgaben der TO. wie dem Grundgedanken des Gesetzes.

Literaturverzeichnis.

Crone: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 1934.

Denecke: Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis? Dt.Arb.R. 1934, S. 219 ff.

Dersch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar 1934.

Karte: Beschäftigungsverhältnis in der Arbeitsrechtskartei.

Werdendes Arbeitsrecht, zugleich ein Tätigkeitsbericht über das Wirken des Arbeitsrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht. Dt. Arb.R. 1935, S. 187 ff.

Dietz, Walter: Das Arbeitsverhältnis in seinem Begriff und Wesen, Diss. Halle 1933.

Goerrig: Das deutsche Recht der nationalen Arbeit, 1934.

Höhn: Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft. 1935.

Huber: Betriebsordnung und Tarifordnung. JW. 1934, S. 1017 ff.

Hueck-Nipperdey-Dietz: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar 1934.

Joerges: Führer und Gefolgschaft im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Arb.R. u. Volkst. 1934, S. 41 ff.

Die Richtlinien des Treuhänders für den Inhalt von Betriebsordnung und von Einzelverträgen. Arb. R. u. Volkst. 1934, S. 313 ff.

Kausen: Das Treueverhältnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts, Dt.Arb.R. 1934, S. 71 ff.

Klotz: Grundformen werdenden Arbeitsrechts. Dt.Arb.R. 1935, S. 226 ff.

Mansfeld-Pohl: Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar 1934.

Mansfeld: Von der Ordnung der nationalen Arbeit, JW. 1934, S. 593 ff.

Vom Arbeitsverhältnis, ZdAkademie 1935, S. 906 ff.
Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, JW. 1936, S. 481 ff.
Vom Arbeitsvertrag (eine arbeitsrechtliche Selbstbesinnung) Dt.Arb.R. 1936, S. 219 ff.

Müllereisert: Der Arbeitsvertrag als Vertrag mit „vorbetonter Gemeinschaftsfunktion", Dt.Arb.R. 1936, S. 94 ff.

Nipperdey: Das System des neuen Arbeitsrechts, ZdAkademie 1935, S. 911 ff.

Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 1934.

Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und das neue Arbeitsrecht. JW. 1935, S. 1288 ff.

Potthoff: Das deutsche Arbeitsrecht, 1935.

L. Richter: Arbeitsvertrag und Arbeitsordnungsgesetz, Soz.-Prax. 1934, S. 249 ff.

Fragen zur „Rechtsnatur" der Betriebsordnung. Dt.Arb.R. 1935, S. 312 ff.

Rhode: Und doch Arbeitsvertrag?!, ZdAkademie 1936, S 371 ff.

Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935.

Die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses, Dt.Arb.R. 1936, S. 6 ff.

Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, Dt. Recht 1935, S. 481 ff.

Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches (sozialrechtliches) Rechtsverhältnis, Dt.Arb.R. 1935, S. 95 ff.

Die national-sozialistische Ordnung der Arbeit, Dt Recht 1936, S. 101 ff.

Arbeitsverhältnis und Vertrag. ZdAkademie 1936. S. 93 ff.

Weigelt: Nicht Arbeitsvertrag, sondern Arbeitsverhältnis, Arb.R. u. Volkst. 1934, S. 5 ff.

Verzeichnis der Abkürzungen.

Arb.R. u. Volkst.	=	Arbeitsrecht und Volkstum, Zeitschrift für das Recht der deutschen Wirtschaftsstände.
Dt.Arb.R.	=	Deutsches Arbeitsrecht, Herausgegeben von Dr. Werner Mansfeld.
Dt. Recht.	=	Deutsches Recht, Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Juristen.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
NZfAR.	=	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
Soz. Prax.	=	Soziale Praxis, Zentralblatt für Sozialpolitik und Wohlfahrtspflege.
ZdAkademie.	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

Lebenslauf.

Am 9. März 1913 bin ich als Sohn des Sparkassenbeamten Fritz Schröder in Bremen geboren. Dort besuchte ich zunächst eine Vorschule und sodann das Alte Gymnasium zu Bremen, das ich im Frühjahr 1932 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Anschließend studierte ich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an den Universitäten Göttingen, München, Kiel, Berlin, Zürich und Münster. Meine erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 18. Dezember 1935 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm i. W., die mündliche Doktorprüfung, am 10. Februar 1937.